

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

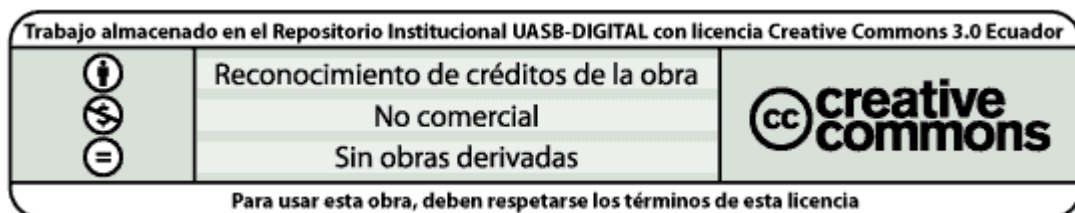
**Área de Derecho**

**Programa de Maestría en Derecho Penal**

**Delito de grooming. ¿Necesidad de tipificación en la legislación penal ecuatoriana?**

**Wilson Márcell Chávez Quinteros**

**2015**



## **CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS**

Yo, Wilson Márcell Chávez Quinteros, autor de la tesis intitulada “DELITO DE GROOMING. ¿NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA?”. mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, asumirá toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: Agosto de 2015

Firma: .....

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

DELITO DE GROOMING. ¿NECESIDAD DE TIPIFICACIÓN EN LA  
LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA?

AUTOR: Dr. Márcell Chávez Quinteros

TUTOR: Dr. Juan Pablo Morales

-Quito, 2015-

## RESUMEN

Existen conductas netamente sexuales, en las que la red ha llegado a convertirse en un fin o un medio para que ciertos individuos busquen y logren satisfacción sexual a través del chantaje sexual a menores de edad, delito conocido en la normativa penal anglosajona como “grooming” o “child grooming”, conducta que actualmente en el COIP se encuentra tipificada en su Art.- 173; siendo entonces que a través del presente trabajo pretendemos, en base a la teoría el derecho penal mínimo consagrado en el Art 195 de nuestra Constitución, analizar si el tipo penal incluido en el COIP referente al grooming, o como se lo ha denominado, delito de *“Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos”*, cumple o no con aquella conducta considerada como tal por la doctrina y las legislaciones extranjeras; y especialmente establecer, conforme a los axiomas de Ferrajoli, si existe efectivamente la necesidad y la lesividad como para tipificar esta conducta a través de un tipo penal autónomo o si bien pueden estos actos encontrar su verbo rector y características especiales en otros tipos penales ya existentes en la legislación sustantiva penal, pues es claro que el Derecho Penal, para legitimar su existencia en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, debe limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

## **DEDICATORIA**

A Joaquín, Alejandro y Valeria, mi adorada familia.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi maestro y tutor, Dr. Juan Pablo Morales, por su sincera amistad e incondicional apoyo en la realización de esta tesis.

## TABLA DE CONTENIDO

### INTRODUCCIÓN

### CAPÍTULO I.....13

#### EL GROOMING, ASPECTOS GENERALES.....13

##### 1.1.- Definición.....13

##### 1.2.- Etapas del grooming.....15

##### 1.3.- Tipo penal del grooming en el Ecuador.....17

### CAPÍTULO II.....20

#### EL GROOMING VISTO DESDE EL GARANTISMO.....20

##### 2.1.- Axiomas del garantismo.....20

##### 2.2.- La Lesividad y Necesidad respecto del grooming.....25

##### 2.3.- Antijuridicidad material.....29

##### 2.4.- Incompatibilidad de delitos de peligro abstracto y el garantismo.....32

### CAPÍTULO III.....37

#### EL GROOMING VISTO DESDE EL DERECHO PENAL DE LA SOCIEDAD DE RIESGO.....37

##### 3.1.- Derecho penal de la sociedad de riesgo.....37

##### 3.2.- Expansión del derecho penal.....41

##### 3.3.- Delitos de peligro y grooming.....46

##### 3.4.- Actos preparatorios del grooming considerados desde la sociedad de riesgo

CAPÍTULO IV.....	51
NECESIDAD DE TIPIFICAR O NO EL GROOMING EN EL ECUADOR.....	51
4.1.- ¿Es posible la síntesis entre garantismo y derecho penal de riesgo?.....	51
4.2.- El Grooming en el Código Integral Penal.....	54
4.3.- ¿Necesidad de la existencia de este tipo penal en el Ecuador?.....	60
4.4.- Posible incorporación a los tipos penales ya existentes en lugar de la tipificación autónoma.....	72
CONCLUSIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA	



## INTRODUCCIÓN

El ser humano siempre ha buscado métodos para procesar información; de allí el nacimiento de la informática como ciencia encargada del estudio del tratamiento automático de la información por medio de sistemas computacionales, hasta llegar en nuestros días al nacimiento y evolución de la red de redes, Internet.

Esta red de redes, ahora al alcance de millones de personas en todo el mundo, ha traído en el ámbito delictivo la adaptación y mal uso por parte del delincuente de esta tecnología en su búsqueda para utilizarla para sus fines, convirtiendo al ciberespacio en un medio idóneo para afectar derechos, abusando de su relativamente reciente aparición y su falta de regulación uniforme.

El Ecuador no ha sido la excepción en cuanto a ser destinatario de este tipo de conductas, antes impensables, tales como la manipulación fraudulenta de computadores, destrucción de programas, acceso y uso indebido de información, fraude informático, entre otras conductas que han encontrado la respuesta del legislativo en un primer momento a través de la promulgación de la Ley de Comercio Electrónico, donde por primera vez en el país se tipificaron y sancionaron varias de estas conductas en nuestro ordenamiento sustantivo penal; y en un segundo momento con la tipificación de varios delitos informáticos constantes en el Código Orgánico Integral Penal, COIP.

Sin embargo, existen ciertas conductas de carácter netamente sexual, entre las cuales Internet ha llegado a convertirse en un medio para que pedófilos y pederastas busquen y logren satisfacción sexual a través del chantaje sexual a menores de edad,

delito conocido en la normativa penal anglosajona como “grooming” o “child grooming”; siendo entonces que a través el presente trabajo pretendemos, en base a la teoría del derecho penal mínimo, analizar si el novísimo tipo penal incluido en el Art. 173, cumple o no con aquella conducta considerada como grooming por la doctrina y las legislaciones extranjeras; y especialmente establecer, conforme a los axiomas de Ferrajoli, si existe efectivamente la necesidad de tipificar esta conducta como un tipo penal autónomo o si más bien podrían estos actos encontrar su verbo rector y características especiales en otros tipos penales ya constantes en la actual legislación sustantiva penal.

Para ello, en el primer Capítulo de esta tesis abordaremos los aspectos generales del Grooming, estableciendo las etapas dentro de las que se desarrolla el ilícito, para entonces referirnos al tipo penal de *“Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos”*.

Al ser la función principal del Estado el garantizar el ejercicio de los derechos de sus ciudadanos, que desde la Constitución adopta e irradia a los demás niveles del ordenamiento jurídico a través de principios defendidos por la teoría del garantismo penal, entre ellos los principios de necesidad y lesividad, ya que la única forma de que el poder punitivo sea legítimo constitucionalmente es cuando se tipifica una conducta que efectivamente lesione o ponga en peligro concreto un derecho constitucional, hace necesario que a través del segundo Capítulo analicemos al grooming desde una perspectiva garantista a través de los axiomas de Ferrajoli, en especial aquellos referentes al principio de Lesividad, mismo que se manifiesta en la dogmática penal en el carácter fragmentario del derecho penal; así como al principio de Necesidad el cual tiene su origen en la filosofía de la ilustración a través de Montesquieu, quien ya señaló

que “*toda pena que no derive de la necesidad es tiránica*”; y también respecto de la categoría dogmática de la antijuridicidad material, por lo que trataremos también respecto de la incompatibilidad entre los delitos de peligro abstracto y el garantismo.

Por su naturaleza, el Grooming se corresponde con actos preparatorios para la comisión de ilícitos de tipo sexual; sin embargo, desde el derecho penal de riesgo, se ha dado la creación de tipos penales que elevan los actos preparatorios a la categoría de delitos, ya que si bien dichos actos por una parte no lesionan un bien jurídico por sí mismos; por otra, el derecho penal de la “Sociedad de Riesgo” presume tal riesgo y se adelanta a su accionar a través de los denominados delitos de peligro abstracto, los cuales surgen ante la peligrosidad de las acciones de posible comisión por parte del sujeto activo<sup>1</sup>; verbigracia, el delito de grooming. Es en tal razón que el Capítulo tercero abarcará precisamente temas como el derecho penal de la sociedad de riesgo, así como la expansión del derecho penal, los delitos de peligro y su relación con el grooming, y los actos preparatorios del grooming considerados desde la sociedad de riesgo, cuánto más que el derecho penal de la sociedad de riesgo es una teoría que surge de los avances tecnológicos y las nuevas transformaciones sociales que han dado nacimiento a problemas que exigen nuevas respuestas del derecho penal, la cual, en casos como el de los delitos de peligro, entra en conflicto con el garantismo penal, transformándose así la función del derecho penal en una mera retórica, lo cual afecta al principio de legalidad cuando la descripción de conductas en los tipos penales abarca una gran cantidad de actuaciones no necesariamente lesivas a un bien jurídico que justifique efectivamente la intervención penal.

---

<sup>1</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Bogotá, Temis, 1992, p.267.

Finalmente, siendo que la pregunta que motivó esta tesis es si ¿debía o no tipificarse el delito de grooming en nuestra legislación penal?, el cuarto capítulo de este trabajo precisamente pretende brindar una respuesta a esta pregunta al analizar si es o no posible la síntesis entre garantismo y derecho penal de riesgo y especialmente si es o no posible la incorporación de los actos, verbos rectores y características constitutivas del grooming a otros tipos penales ya existentes, en lugar de la tipificación autónoma actual, pues no debemos olvidar que esta respuesta político criminal no está libre de controversias, en especial en lo atinente a la pretensión de legitimación frente al adelanto de la intervención penal mediante la creación de nuevos tipos de peligro abstracto, pues como ya lo indicó Puschke, “El Derecho penal de peligro constituye un ámbito difícil, sin contornos claros, siendo sus conceptos, su sistemática y los límites de su legitimidad altamente controvertidos”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Puschke, Jens, *Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito*, en Indret, Revista para el análisis del Derecho, [www.indret.com](http://www.indret.com), Nº 3, 2010, p. 4.

## **CAPÍTULO I**

### **EL GROOMING, ASPECTOS GENERALES**

#### **1.1.- Definición.-**

El “Grooming” o “Child grooming”<sup>3</sup>, términos que aplicaremos indistintamente en adelante, no son parte de la terminología de nuestro ordenamiento jurídico, sino que se tratan más bien de una expresión anglosajona usada para describir un nuevo fenómeno criminológico. El término “grooming” proviene del verbo inglés “groom”, que se traduce como preparación o acicalamiento<sup>4</sup>, sin embargo en la actualidad el grooming alude principalmente a aquel contacto con menores a través de sistemas informáticos por parte de adultos, a través de falsas identidades, con el objeto de ganarse la confianza del menor, induciéndolo a tratar temas de tipo sexual<sup>5</sup>, que persiguen que éste envíe imágenes suyas para excitación sexual del sujeto activo, quien al tener en su poder tales imágenes o videos comprometedores para el menor, procede a chantajearlo para que éste le remita más material con contenido sexual o lo obliga, en otros casos, a acudir a encuentros personales para abusar, ahora físicamente, del menor<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> La expresión “Grooming” o “Child grooming”, conforme el uso dado por los ingleses, consiste en aquellas acciones dolosas que adopta un adulto para crear una relación de confianza con un menor, con la intención de mantener contacto sexual con este.

<sup>4</sup> Inostroza Félix, Maffioletti Francisco y Car Macarena, *¿Qué es el grooming o ciberacoso sexual a niños a través de Internet?*, Revista Jurídica del Ministerio Público, Nº 35, Santiago, 2008, p. 230.

<sup>5</sup> Carlos Küns Müller, *Delitos de Pornografía Infantil*. Gaceta Jurídica, Nº 273, Santiago, 2003, p. 11.

<sup>6</sup> Duque, Catalina, *Consideraciones para la Investigación del Fenómeno del Grooming*, Revista Jurídica del Ministerio Público Nº 41, Santiago, 2009, p. 12.

Autores como Olson<sup>7</sup> han preferido tomar otro vocablo inglés para definir tales actos, indicando que se lo debería denominar “entrapping” (atrapando) por considerar que el sujeto activo no pretende “acicalar”, sino “atrapar” al menor de edad, proponiendo una teoría que ha denominado “*Teoría de la comunicación de la seducción*”, que considera que el sujeto activo prepara estratégicamente su abuso ganándose la confianza no sólo del menor, sino además de los adultos a su alrededor y de la comunidad en general, con el único propósito de satisfacerse sexualmente, aparentando tratarse de una persona confiable para que su entorno no sea capaz de identificarlo.

En este sentido concuerdan las autoras Craven, Brown y Gilchrist cuando afirman que el grooming

“...es el proceso por el cual una persona prepara a un niño o niña, al adulto significativo y al entorno para el abuso de éste niño. Los objetivos específicos incluyen el ganar acceso al niño su complicidad y que el menor mantenga el secreto con el fin de evitar revelaciones. Este proceso sirve para fortalecer la conducta abusiva del abusador, así como justificar y denegar sus acciones...”<sup>8</sup>

De lo anterior podemos entonces conceptualizar al grooming como aquellas acciones dolosas que buscan establecer, a través del engaño, aparentes lazos de amistad con un menor de edad por medios informáticos, con el objetivo de obtener satisfacción sexual mediante imágenes que comprometan al menor con el fin de chantajearlo y

---

<sup>7</sup> Olson, LN, *Entrapping the innocent. Toward a theory of child sexual predator's luring communication*; 2007, Londres, 2007, p. 231.

<sup>8</sup> Craven, S, *Current responses to sexual grooming: Implication for prevention. The Howard Journal of Criminal Justice*, citado en Pulido Rodríguez, Cristina, *Prevención de abusos sexuales a menores en internet: Acciones preventivas online en España*, Tesis, Universidad de Barcelona, 2006, p. 54.

obtener más material de este tipo de su víctima bajo la amenaza de que ese material suyo va a ser publicado o remitido a través de redes de información a las direcciones electrónicas de sus conocidos y/o familiares, convirtiéndose así en aquel conjunto de estrategias que el sujeto activo de la infracción desarrolla para ganarse la confianza de un menor a través de Internet con el fin último de obtener concesiones de índole sexual.

## **1.2.- Etapas del grooming**

Mclinden, considera debe existir necesariamente contacto físico para la existencia de Grooming cuando manifiesta que “el proceso de grooming es escalado, es decir, el abusador va explotando la ingenuidad y la confianza del o la menor a través del aumento del contacto íntimo físico desde una caricia, a un juego, gradualmente llevando al menor hasta el contacto sexual final. Se trata de un elemento común en cuanto a los delitos sexuales, también conocido como espiral de violencia, cuya dinámica evoluciona conforme avanza el tiempo, hasta culminar en la afectación de un bien jurídico de índole sexual.”<sup>9</sup>

En el caso chileno, dentro del “Informe de la comisión de tecnología para el Senado en el proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil” se consideró que:

“...El “grooming” se compone de las siguientes etapas: la generación de un lazo de amistad con el menor fingiendo ser un niño o niña; la obtención de información clave del menor víctima de grooming; la seducción del menor para conseguir que éste frente a la webcam se desvista, se haga tocaciones, se masturbe o realice otro tipo de

---

<sup>9</sup> Mclinden, AM, *Setting ém up: Personal, familial and institutional grooming in the sexual abuse of children. Social Legal Studies*, 2006 en Pulido Rodríguez, Cristina, Ob. Cit, p 56.

expresiones de connotación sexual, y el inicio del ciber-acoso, dando inicio a la fase de extorsión de la víctima, con el objeto de obtener material pornográfico, o bien contacto físico con el menor para concretar un abuso sexual...”.<sup>10</sup>

Indicándose como ejemplo del ilícito, que:

“...los victimarios utilizan, por ejemplo, algunos de los siguientes modus operandi: 1) un sujeto dice ser un productor de televisión en busca de modelos, por lo cual les pide a los menores que bailen semidesnudos frente a su webcam; 2) un sujeto se hace pasar por un menor, para entablar una relación de amistad con un niño y cuando éste enciende su webcam, el sujeto adulto se masturba; 3) un sujeto, se hace pasar por un menor, le ofrece regalos a los niños, a cambio de que éstos se muestren por su webcam o le envíen fotografías provocativas, y 4) un sujeto se cambia de sexo y de edad, con el propósito de seducir a un menor para que éste le envíe sus fotografías. Los victimarios obtienen los datos de sus víctimas a través del propio Internet, haciéndose pasar por otros niños a fin de ganar su confianza para que el menor baile desnudo o con menos ropa ante su webcam y así obtener las imágenes del niño que luego subirá a la red y que una vez obtenidas las fotografías o videos, estos sujetos comienzan a amenazar al menor, a fin de obtener más fotografías eróticas o para concretar alguna reunión con el menor con otros fines...”.<sup>11</sup>

Resumiendo, todo comienza cuando el sujeto activo, tras contactarse con el menor vía Internet, con engaños se hace de su confianza, logrando obtener de éste

---

<sup>10</sup> Senado de Chile- *Informe comisión de educación, cultura, ciencia y tecnología recaído en el proyecto de ley que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil*. BOLETÍN Nº 5.837-07.

<sup>11</sup> Ídem.



imágenes o fotografías comprometedoras, comenzando entonces el chantaje, ya que el menor es chantajeado para que proceda a enviar sistemáticamente más imágenes o fotografías de este tipo bajo la amenaza de que si se niega, tales imágenes comprometedoras serán reenviadas a todos sus contactos o subidas a la red, ya que con anterioridad, el sujeto activo obtuvo las claves de acceso al correo del menor; siendo entonces que el menor, ante el miedo y la vergüenza, creyendo que el chantajista va a quedar satisfecho y no va a distribuir sus imágenes, cede a sus pretensiones, entrando en un círculo del que no podrá ya salir.

### **1.3.- Tipo penal del grooming en el Ecuador**

El grooming aparece tipificado en nuestro país tras la entrada en vigencia del COIP el 10 de agosto de 2014 en cuyo Art.- 173 consta, no como delito de Grooming, sino como delito de *“Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos”*, mismo que reza:

*“La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”*

En legislaciones de países tales como Alemania, Australia, Estados Unidos, Canadá, Escocia, Inglaterra, España, Chile y Argentina se han realizado reformas a su normativa penal con el objetivo de tipificar éstas conductas, esto tomando como base tratados internacionales como el “Convenio sobre Cibercriminalidad del Consejo de Europa”<sup>12</sup>, en cuyo contenido se expresa la relevancia de la protección de los menores frente a los ciberdelitos en razón de su indemnidad sexual. En éste sentido, al tratarse de un bien jurídico tan importante su protección se ha buscado, en muchos casos, tomando en cuenta la búsqueda social por sanción que estas conductas producen<sup>13</sup>; sin embargo es de considerarse la apreciación de Moisés Barrio cuando sostiene que “La galopante expansión de Internet ha multiplicado los problemas que suscita su utilización. Por ello se puede decir que existe un desfase entre las dos formas de organización social indicadas, y que la evolución del Estado y del Derecho es más lenta que la de la organización de la sociedad civil. Esta realidad no pasa desapercibida al mundo jurídico, que asiste al resquebrajamiento de los esquemas tradicionales, imponiéndose una irresistible necesidad de adaptación a la nueva realidad. El Derecho debe amoldarse a la realidad (y no a la inversa), lo cual conlleva como una de sus funciones la de

---

<sup>12</sup> Budapest, 23 de noviembre de 2001, también llamado “Convenio de Budapest”. El Convenio viene acompañado de un Protocolo adicional al Convenio sobre Cibercriminalidad relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos a través de sistemas informáticos. En <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/185-SPA.htm>.

<sup>13</sup> En alusión a la creciente expansión del Derecho Penal se ha venido generando un aumento en la demanda social por más protección, lo que ha incidido en una impresionante ampliación del aparato penal, no siempre coincidente con las necesidades sociales, lo cual, en tratándose de los delitos sexuales se ha traducido en la búsqueda de sanción a través de la tipificación de delitos de peligro. Ver Cox, Juan Pablo, *Los delitos de Producción, Adquisición y Tenencia Maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del Derecho Penal*, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005.

canalizar, por cauces adecuados, la nueva realidad social, económica y cultural en que se traducen los avances de Internet”<sup>14</sup>.

Ahora bien, respecto de la penalización de los delitos sexuales contra menores en la legislación ecuatoriana, nuestro código penal data de 1938, con posteriores reformas y consiguientes codificaciones en 1953, 1960 y 1971 y finalmente el libro primero del COIP en donde se ubican los delitos en particular, donde de manera específica encontramos tipificados aquellos delitos de índole sexual entre cuyos sujetos pasivos se encuentran los niños, niñas y adolescentes, debiendo tomar en consideración que los delitos sexuales protegen bienes jurídicos que contemplan la libertad e indemnidad sexual, el primero basado en la potestad de las personas a tomar decisiones de manera libre y voluntaria y por otro lado la indemnidad sexual que se aplica cuando las personas por su edad o circunstancias, no son capaces de comprender el significado del acto sexual y sus consecuencias.

---

<sup>14</sup> Barrio Andrés, Moisés, *Criminalidad e Internet: Retos del Siglo XXI. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, 2003, núm. 15, p. 15 y ss.

## CAPÍTULO II

### EL GROOMING VISTO DESDE EL GARANTISMO

#### 2.1.- Axiomas del garantismo<sup>15</sup>.

Axioma	Principio	Garantía	Categoría
1. No hay <i>pena</i> sin <i>crimen</i>	Reserva	Penal	Pena
2. No hay <i>crimen</i> sin <i>ley</i>	Legalidad	Penal	Delito
3. No hay <i>ley penal</i> sin <i>necesidad</i>	Necesidad	Penal	Ley
4. No hay <i>necesidad</i> sin <i>lesión</i>	Lesividad	Penal	Ultima ratio
5. No hay <i>lesión</i> sin <i>acción</i>	Materialidad	Penal	Ofensa
6. No hay <i>acción</i> sin <i>culpa</i>	Culpabilidad	Penal	Acción
7. No hay <i>culpa</i> sin <i>juicio</i>	Jurisdiccionalidad	Procesal	Culpabilidad
8. No hay <i>juicio</i> sin <i>acusación</i>	Acusatorio	Procesal	Juicio
9. No hay <i>acusación</i> sin <i>prueba</i>	Refutabilidad	Procesal	Acusación
10. No hay <i>prueba</i> sin <i>defensa</i>	Publicidad	Procesal	Prueba

De estos axiomas los seis primeros son penales de fondo, mientras los demás pertenecen al derecho procesal, mismos que hacen referencia a los principios penales de:

- Retribución.
- Legalidad.
- Necesidad.

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trota, 3ª edición, Madrid, 1998, pp. 91-115.

- Lesividad.
- Materialidad.
- Culpabilidad.

Y a los principios procesales de:

- Jurisdicción.
- Acusación.
- Carga de prueba.
- Contradicción.

Estos principios, ordenados y conectados sistemáticamente, definen el modelo garantista de derecho penal, esto es, las reglas del moderno Estado constitucional de derecho, debiendo resaltar que no se acepta como legítimo el consecuente sin el precedente, convirtiéndose en condición necesaria uno respecto del otro; de este modo, no hay pena sin delito, ni delito sin ley, ni ley penal sin necesidad insatisfecha por toda otra forma de control social (*ultima ratio*), ni necesidad sin lesión o afectación a un bien jurídico tutelado penalmente, ni lesión sin acción o conducta humana externa, ni acción sin culpa (dolo o imprudencia), ni culpa sin juicio previo en el que tal culpabilidad sea declarada como integrativa del hecho por parte del tribunal, ni hay juicio legítimo sin acusación, ni acusación sin prueba, como así tampoco cabe prueba sin refutabilidad por parte de la defensa.

Este eslabonamiento permite establecer, mediante el sistema de implicaciones y derivaciones de la lógica formal ya sea en dirección ascendente, Ej: no hay acción sin

juicio (axioma 6 en función del 8), o en dirección descendente, Ej: El Axioma 8 afirma que no hay acción sin defensa (axioma 6 en función del axioma 10)<sup>16</sup>.

Ferrajoli realiza una distinción entre las garantías primarias o derechos fundamentales como límites al poder público; y las garantías secundarias como los recursos necesarios para hacer efectivas las garantías primarias, pero la función de las garantías en el derecho penal, sean primarias o secundarias, no es el legitimar o permitir, sino más bien condicionar y deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva del Estado; así cuando Ferrajoli incluye los términos delito, ley, necesidad, lesión, acto, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa dentro de un modelo garantista de derecho penal, obtiene aquella condición necesaria para la atribución de la pena. De darse todas estas condiciones, estaremos frente un modelo de estado de estricta legalidad, garantista o de derecho penal mínimo<sup>17</sup>.

Mientras que Aristóteles concibe a los axiomas como principios evidentes constitutivos del fundamento de una ciencia, para Ferrajoli un axioma es un principio que al ocupar un lugar en un sistema de proposiciones debe considerarse como verdadero; como una “proposición irreductible”, sin necesidad de ser demostrada, por lo que el modelo garantista es el que define las reglas fundamentales del derecho penal a las cuales concibe como principios de limitación al poder penal absoluto; así los principios A1, A2 y A3 se refieren a las garantías de la pena (cómo y cuándo castigar),

---

<sup>16</sup> Ferrajoli plantea los setenta y cinco teoremas posibles de un axioma en función de otro; bastando para nosotros plantear el enlace que existe entre el precedente del primer axioma y el consecuente del décimo, que nos permite afirmar, por ejemplo, que no hay pena sin defensa (A1 en función de A10), Ferrajoli, Luigi ob. cit., p. 92 ss., y pp. 110 a 113.

<sup>17</sup> Ferrajoli junto con Alessandro Baratta, son los expositores de la tendencia en el derecho penal denominada de “derecho penal mínimo”, en donde tienen un papel preponderante los principios penales que Baratta considera incluso como requisitos mínimos de los derechos humanos, por medio de los cuales se articula a nivel de la ley las políticas de mínimo respeto de esos derechos. Alessandro Baratta, *Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*, Capítulo criminológico, Número 13, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1985, ps. 81-99.

los principios A4, A5 y A6 hacen referencia a las garantías relativas al delito (cuándo y cómo prohibir); y los principios A7, A8 A9 y A10 sobre las garantías del debido proceso (cuándo y cómo juzgar).

Mientras el axioma A2 corresponde al principio de mera legalidad, fundamento de la vigencia de la norma que prevé delitos y penas y va dirigida al Juez; por su parte el principio A3 caracteriza al modelo garantista como la condición de legitimidad o validez normativa, que va dirigida al legislador.

Principios de los que se desprenden los modelos del derecho penal, donde el sistema garantista incluye todos los principios enunciados en los axiomas; modelo garantista que constituye el límite doctrinal que permite, según los axiomas que se adopten, llegar a una clasificación de sistemas punitivos; a saber:

-Sistemas de Procedimiento Penal Autoritario.

a.- Sistema de mera legalidad y mera jurisdiccionalidad, que son sistemas carentes de prueba y defensa, los cuales comprenden aquellos delitos cuyos elementos constitutivos se han formulado en términos valorativos, es decir que suprimen los axiomas A9 y A10.

b.- Sistema Inquisitivo, que se caracteriza por suprimir el axioma A8 referente a la imparcialidad del juez y su separación de la acusación. Este sistema aparece en aquellos ordenamientos procesales penales en los que el juez tiene la acción penal a su cargo, como el sistema inquisitivo que el Ecuador mantuvo antes de adoptar el sistema acusatorio, cuyas características generales son la exclusión de la defensa durante la investigación previa y la inversión de la carga de la prueba.

- Sistemas de Derecho Penal Autoritario.

Son aquellos sistemas y ordenamientos que privilegian la defensa de la sociedad a través de la tipificación de figuras de responsabilidad objetiva presunta, es decir son aquellos en los que se ha suprimido el axioma A6 (culpabilidad).

Pero si además de lo anterior se suprime la acción (axioma A5) y también la lesión u ofensa (axioma A4) obtendríamos unos sistemas claramente subjetivistas que reprimirían situaciones subjetivas más de peligrosidad que de exteriorización de manifestaciones delictivas concretas; sistemas que aplican la tipificación de delitos de peligro abstracto; sistemas que han llegado por su subjetivismo a alcanzar formas perversas como el denominado “derecho penal de autor” que llega al punto de disponer medidas punitivas contra los ociosos o vagabundos por considerarlos “peligrosos” y por tanto proclives a cometer delitos. Al respecto, no olvidemos la normativa penal sobre vagancia, hasta hace muy poco vigente en el Ecuador o las referencias a la peligrosidad social constante en tipos penales de peligro abstracto tipificados en nuestro novísimo COIP.

Y si suprimimos el axioma A3 (necesidad) obtendremos un sistema caracterizado por tipos penales injustificados al no estar establecido el bien jurídico para la tutela y por tanto, tal normativa, en lugar de sancionar a través de prohibiciones civiles o administrativas, se caracteriza por sus penas injustificadas, excesivas, impertinentes y desproporcionadas con respecto de la relevancia del bien jurídico tutelado, el cual a su vez no se encuentra claramente determinado; sistemas teóricos éstos que tienen su utilidad al valorar sistemas penales determinados en su dimensión



normativa y funcional, lo cual nos permitirá identificar si son sistemas inválidos o sistemas de control penal propios de estados absolutos o totalitarios, carentes de límites; o sistemas de derecho penal incondicionado o ilimitado del poder punitivo del Estado, considerados por Ferrajoli como de derecho penal máximo, pues frente a los anteriores modelos, el modelo garantista presenta los límites a favor del ciudadano en contra del arbitrio del derecho penal máximo, convirtiéndose más bien en el referente de un verdadero Estado de derecho en el que el derecho penal encuentra su límite en la ley; a lo cual Ferrajoli considera como derecho penal mínimo, mismo que se corresponde con el máximo nivel de tutela de las libertades de los ciudadanos frente al arbitrio punitivo del Estado.

## **2.2.- La Lesividad y Necesidad respecto del grooming**

Para abordar el tema principal de este trabajo nos referiremos a los axiomas A3 y A4 del garantismo, es decir, aquellos axiomas referentes a los principios de necesidad y lesividad, los cuales tienen estrecha relación con el concepto de bien jurídico; y a los sistemas S5 y S65 a los que se refiere Ferrajoli en su obra, que consisten en el sistema penal “sin ofensa” y el sistema penal “sin necesidad, respectivamente.”<sup>18</sup>

Iniciaremos aclarando en qué consiste el principio de necesidad o axioma A3, para ello primero debemos remitirnos a la filosofía de la ilustración, bajo la figura de Montesquieu, quien ya señaló que *“toda pena que no derive de la necesidad es tiránica”*. Con ello deducimos que sólo cuando exista una verdadera necesidad de crear una norma de carácter penal que considere al Derecho Penal de *última ratio*, y que tome en cuenta que no cualquier tipo de necesidad es válida, entonces y sólo entonces se

---

<sup>18</sup> Ferrajoli, Luigi, ob. cit., pp. 92 y ss.

genera el poder punitivo del Estado. Aquí debemos aclarar que cuando el poder punitivo es manifiesto, o sea que ha sido habilitado por una norma de carácter penal, pero a la vez dicho poder no fue habilitado y de todas maneras se lo ejerce, entonces hablamos de un poder punitivo oculto, mismo que tendría su justificación, no en la ley, sino en el discurso político.<sup>19</sup>

El principio de necesidad se convierte así en una limitación al poder estatal ejercido desde el legislativo, ya que sobre quien recae la atribución normativa con carácter generalmente obligatorio, en nuestro caso la Asamblea Nacional, debe analizar si la *necesidad* de crear una norma es o no válida; necesidad que en algunos casos no nace de la Constitución, ya que existen ciertos casos en que aparece una mal entendida “*necesidad*”, basada en el discurso desde el poder en su búsqueda de votos o desde la criminología mediática generada por los medios de comunicación que aparentemente busca en el Derecho Penal una función de prevención que logre disuadir a los infractores, lo que nos lleva a cuestionarnos si esta “*necesidad*” será constitucionalmente válida; respuesta que plantea dificultad, sobre todo al momento de analizar tipos penales que tipifican delitos de peligro abstracto como analizaremos a profundidad más adelante.

En lo que respecta al principio de lesividad, el llamado “Derecho Penal Liberal”<sup>20</sup> consagra al principio de lesividad como uno de los pilares del Derecho Penal; y se refiere al axioma A4, cuya formulación es “*no hay necesidad sin lesión o daño*”. Así formulado este principio, debemos dejar implícita su dependencia con el principio de necesidad, lo cual a su vez se traduce en el hecho de que para poder hablar de la

---

<sup>19</sup> Zaffaroni, Raúl, *Estructura Básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

<sup>20</sup> Se conoce así al derecho penal posterior a la revolución francesa, influenciado por el pensamiento del iluminismo, principalmente por la obra de Beccaria

existencia de necesidad, ésta, inobjetablemente debe estar fundada en un daño; y a su vez, este daño generado debe darse sobre un bien jurídico determinado; bien jurídico estrechamente relacionado a los principios de necesidad y lesividad al que se le suele asignar funciones tales como una función interpretativa según la cual el bien jurídico es un criterio de interpretación de los tipos penales que condicionará su sentido y alcance en conformidad a la finalidad de protección de tales bienes; una función sistematizadora que busca destacar el papel del bien jurídico en la construcción del injusto (conformado a su vez por tipicidad y antijuridicidad); así, cuando revisamos el libro primero del COIP, hallaremos que el bien jurídico es el criterio primordial de clasificación de los delitos y el fundamento para cuantificar la pena que a criterio del legislador afecta a estos bienes jurídicos protegidos; pero la función, a nuestro parecer, más importante la constituye la función de garantía y límite del poder punitivo, ya que históricamente, en el modelo de Estado absolutista, no existía ningún límite a la potestad punitiva del rey, por lo que para limitarla, bajo la influencia del Iluminismo y principalmente bajo el modelo del contrato social de origen del poder, aparece la ley como el límite de esa discrecionalidad de crear delitos y penas según el antojo del monarca.

De los diez axiomas de Ferrajoli<sup>21</sup>, los tres primeros se refieren al principio de legalidad: no hay pena sin delito, no hay delito sin ley, no hay ley sin necesidad. Al primero Ferrajoli denomina el principio de la retributividad de la pena respecto del delito; al segundo lo denomina principio de legalidad en sentido lato o en sentido estricto y; al último, principio de necesidad o de economía del derecho penal.

---

<sup>21</sup> *Nulla poena sine crimine; nullum crimen sine leges; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine iniuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione y nulla probatio sine defensione*, Ferrajoli, Luigi, Ob. cit. pp. 93.

Todos estos principios han sido incorporados en las constituciones y ordenamientos jurídicos contemporáneos, convirtiéndose en principios jurídicos de los modernos estados de derecho, pero de entre ellos el que caracteriza al sistema garantista es el principio de estricta legalidad enunciado por el axioma *nulla lex poenalis sine necessitate*, que se distingue del principio de mera legalidad del axioma *nullum crimen sine lege*.

Mientras que el axioma de mera legalidad se limita a exigir la existencia de ley como condición necesaria de la pena y del delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), el principio de estricta legalidad exige la existencia de todos los demás axiomas como condiciones necesarias para la existencia de legalidad penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniura, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*), lo cual se traduce en que mientras que para el primer principio la ley es condicionante, para el segundo la ley es condicionada, es decir, que mientras el principio de mera legalidad es dirigido al juez cuando le dice que considere como delito a aquel fenómeno calificado como tal por la ley; por su parte el principio de estricta legalidad se dirige al legislador, a quien le prescribe una técnica específica de calificación penal para garantizar, a través de la taxatividad de supuestos y penas, la tipicidad o determinación del supuesto típico y su campo de aplicación.

Así pues, según Ferrajoli, en sentido lato, el principio de legalidad se identifica con la reserva legal, entendiendo a la ley en su sentido formal de acto o mandato legislativo que prescribe la sujeción del juez a la ley, cualquiera sea la formulación de su contenido en la calificación jurídica de los hechos juzgados; mientras que en sentido estricto se identifica con la reserva absoluta de ley en el sentido de norma o contenido legislativo, prescribiendo que tal contenido debe estar formado por supuestos típicos

dotados de significado unívoco y preciso, lo que hace posible su empleo como forma de calificación en hechos sometidos judicialmente, de donde resulta garantizada la sujeción del juez a la ley, ya que así, en la medida en que se respete este principio, la motivación de una sentencia cumplirá con el requisito de motivación como lo dispone el Art.- 76, numeral 7, literal L de nuestra Constitución.

### **2.3.- Antijuridicidad material**

Que una conducta sea contraria a derecho no solo implica la contradicción con la norma, sino sobre todo con la lesión o peligro efectivo de los bienes jurídicos que la ley protege. Entre los axiomas del garantismo a los que nos referimos anteriormente, necesarios para establecer una sanción penal, es decir, que en ausencia de uno de ellos no estaría habilitado el sistema penal para aplicar el poder punitivo del Estado, se encuentra el principio de lesividad, derivado del axioma “*no hay necesidad sin daño*”, por el cual no puede haber necesidad de una ley penal y por tanto de pena, si no hay un daño o lesión en contra de los bienes jurídicos.

En el derecho penal tradicional, el principio fundamental sobre el que se fundamenta el ejercicio del poder punitivo del Estado es el principio de legalidad, en virtud del cual el único requisito para la habilitación del sistema penal es la vigencia previa de la norma. En la evolución de los modelos de Estado, del Estado Absolutista, Estado Legal y Estado Constitucional, Ramiro Ávila Santamaría al referirse al Estado legal<sup>22</sup> sostiene que la ley determina la autoridad, la estructura de poder y el contenido de las normas, dejando al arbitrio del legislador cuándo y cómo prohibir. En tanto que en el Estado constitucional es la constitución la que determina el contenido de la ley y el

---

<sup>22</sup> Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador: El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Alberto Acosta y Esperanza Martínez Editores, 2011.

ejercicio de la autoridad<sup>23</sup>. En el Estado legal era el legislador el que condicionaba el contenido de la norma; en el Estado constitucional es la constitución la que condiciona al legislador en su actividad creadora de las leyes.

Por ello es que el derecho penal de los Estados constitucionales ya no solo se erige sobre el principio de legalidad, el cual sigue siendo un pilar fundamental y requisito *sine qua non* para el establecimiento de una sanción penal; pero ahora se exige además que se cumpla con el principio de lesividad, por el cual ninguna conducta puede ser punible si no lesiona o pone en peligro efectivo bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente. Es de tanta importancia este principio, que incluso puede dejar de lado al principio de legalidad a la hora de analizar una conducta presuntamente punible; así, a pesar de que la conducta se encuentre descrita en una ley penal como delito, si esta conducta no lesiona de manera grave o pone en peligro efectivo un bien jurídico reconocido, esta conducta no puede ser sancionada penalmente, llegando incluso a la inaplicabilidad de las normas penales.

Ahora, respecto de cuáles son estos bienes jurídicos protegidos, por el principio de mínima intervención penal o de derecho penal mínimo, constante en el Art. 195 de la Constitución de la República, el derecho penal debe intervenir únicamente cuando las restantes ramas del derecho no sean suficientes para tutelar los derechos reconocidos en la constitución.

El principio de utilidad penal, como fuera formulado por Grocio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria y más extensamente por Benthan, es preciso para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales; cuanto más que la ley penal tiene el deber de prevenir los más graves efectos lesivos y sólo ellos pueden

---

<sup>23</sup> Ávila Santamaría, Ramiro, Ob, Cit, p. 111.

justificar la creación de penas y prohibiciones<sup>24</sup>, por lo que al ser la ley penal la forma más grave de la intervención estatal y de control social, por la cual una persona puede incluso ser privada de su libertad de manera prolongada, y considerando además que el fin primordial del derecho penal es la contención del poder punitivo del Estado, las únicas prohibiciones penales deben ser aquellas que lesionan de manera grave los bienes jurídicos más importantes para nuestra sociedad.

Entonces, en función del principio de lesividad, solo son punibles aquellas conductas que lesionan de manera grave, o al menos que pongan en peligro efectivo o concreto, bienes jurídicos de relevancia para nuestra sociedad, los cuales por supuesto los encontramos en la Constitución de la República, particularmente entre los artículos 12 y 82 en donde están desarrollados los derechos del buen vivir, los derechos de las personas de atención prioritaria, los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, los derechos de participación, de libertad, de la naturaleza y los derechos de protección, preceptos que constituyen un verdadero mandato para el legislador al momento de redactar normas penales.

Sin embargo, al haberse convertido, a través de la sociedad de riesgo, el delito y la pena en hechos políticos<sup>25</sup>, el legislador puede decidir proteger por la vía penal bienes jurídicos que no sean los reconocidos en la Constitución; en tal circunstancia, teniendo como fundamento los axiomas del garantismo, que a su vez constituyen los principios rectores del sistema penal: retribución, legalidad, necesidad, lesividad, materialidad y culpabilidad, esas normas no deberán ser aplicadas en razón de la irracionalidad e ilegitimidad de su prohibición.

---

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, Ob. Cit, p. 464-465.

<sup>25</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009.

Finalmente, si bien la Constitución de la República no tiene en su articulado una redacción expresa del principio de lesividad, este se deriva de uno de los derechos de libertad del que gozan todas las personas en el Ecuador, en función del artículo 66 numeral quinto, que establece: “*Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás*”, lo cual se traduce que en virtud de este derecho, todas las personas están facultadas para realizar cualquier actividad, siempre que esta no afecte los derechos de otras personas, pues el derecho de una persona termina donde comienza el derecho de otra.

Por ello refiriéndonos a los elementos de la tipicidad objetiva, si el bien jurídico es el fundamento de los tipos penales, así entonces únicamente deberían existir tipos penales que tutelen bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente, los cuales generalmente son compilados por los códigos penales en función de su nivel de importancia, ejemplo de lo cual el flamante COIP en su libro primero, comienza con el capítulo correspondiente a las “Graves violaciones a los Derechos Humanos”, y va descendiendo según la gravedad de la lesión.

#### **2.4.- Incompatibilidad de delitos de peligro abstracto y el garantismo**

Frente a lo indicado hasta aquí, debemos entonces insistir en la proscripción de los delitos de peligro abstracto por el principio de lesividad, que en las categorías dogmáticas del delito toma forma en la categoría de la antijuridicidad material.



Al respecto, Carlos Gómez Pavajeau<sup>26</sup> sostiene que en los delitos de peligro abstracto se presume el peligro pero entendido desde el punto de vista de que la constatación de la tipicidad constituye un indicio de antijuridicidad, y que ello no implica un prejuzgamiento sobre la existencia de la antijuridicidad material, puesto que es posible presentar prueba en contrario que desvirtúe el indicio.

No compartimos esta posición por cuanto la antijuridicidad material en los delitos de peligro abstracto sí se presume de derecho, ya que no se admite prueba en contrario, excluyéndola inclusive del objeto de la investigación pre procesal y procesal penal, y de la actividad probatoria en etapa de juicio, ya que -se presume- que el legislador previamente, al crear la norma, ya calificó el peligro de una conducta determinada, excluyendo así la posibilidad de que el juzgador se pronuncie en sentencia de manera contraria a la calificación previa hecha por el legislador, indicando que no existió tal peligro.

Luigi Ferrajoli, al referirse a las clases de delitos que resultarían excluidos por el principio de lesividad, afirma que: *“Lo mismo puede decirse de todos los denominados delitos de peligro abstracto o presunto, en los que tampoco se requiere un peligro concreto, como peligro que corre un bien, sino que se presume, en abstracto, por la ley; de modo que allí donde de hecho no concurre lo que viene a castigarse es la mera desobediencia o violación formal de la ley por parte de una acción inocua en sí misma”*<sup>27</sup>.

En conclusión, doctrinalmente es claro que los delitos de peligro abstracto no satisfacen las exigencias del principio de antijuridicidad material, mas es precisamente a

---

<sup>26</sup> Gómez Pavajeau, Carlos, *Estudios de la Dogmática en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 118.

<sup>27</sup> Ferrajoli, Luigi, Ob. Cit., p. 479.

partir del principio de protección de bienes jurídicos que nacen los delitos de peligro abstracto en cuanto constituyen una forma de protección “preventiva”, previa a la afectación efectiva del bien jurídico, lo cual al mismo tiempo hace que se formulen las más fuertes objeciones, y más cuando fundamentalmente se sostiene que al implicar un castigo ante hechos en donde no está presente de modo efectivo el riesgo para el bien jurídico, entonces tales delitos de peligro abstracto entran en conflicto con el principio de lesividad y también con el principio de mínima intervención penal, al suponer el adelantamiento de las actuaciones y procedimientos penales a momentos muy alejados de la efectiva lesión al bien jurídico.

Los delitos de peligro abstracto constituyen entonces una verdadera presunción *iure et de iure* en contra del procesado creada por el legislador, la cual, como hemos ya indicado, no admite prueba en contrario; de este modo la conducta contemplada típicamente por el legislador, dogmáticamente encierra un peligro que se presume abstractamente, porque así lo estimó el legislador y no es materia de discusión, aun cuando sea remoto que el peligro efectivamente llegue a concretarse.

En los delitos de peligro abstracto, el peligro no es el elemento típico, sino el motivo del legislador para la tipificación de la acción sobre la base de una “peligrosidad” para proceder entonces a tipificar actividades anteriores a la concurrencia de otras circunstancias típicas y verdaderamente lesivas, es decir, circunstancias que bien podrían significar el medio para la concreción de hechos delictivos, esto es, sancionar actos preparatorios que bien pueden ser sancionados como tentativa de delitos de acción y no de peligro abstracto; y sin embargo esta “herramienta legislativa”, aparece sin que el legislador nazca con la facultad de predecir el futuro para haber

podido determinar que efectivamente el ilícito que pretendió prevenir tipificando delitos de peligro abstracto, efectivamente iba a suceder.

Los delitos de peligro no producen lesión, por ello el objeto de tutela tiene un carácter impreciso y como consecuencia de ello resulta difícil comprobar la lesión a un bien jurídico específico, es decir, no exigen la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico protegido, siendo más bien que se consuman con la realización de aquella conducta abstracta o mejor dicho “peligrosa” descrita en el tipo, lo cual atenta contra el principio de lesividad, mismo que exige en todos los casos la existencia de una lesión o al menos la existencia de un peligro real y comprobable como presupuesto de la antijuricidad; y sin embargo ni uno ni el otro logran ser constatados en los delitos de peligro abstracto.

Si los ilícitos de peligro abstracto no tienen resultado verificable, entonces hasta qué punto el legislador puede arrogarse el *ius puniendi* cuando no puede establecer con certeza qué es lo que va a proteger sin descuidar el principio de *lex certa*.

No debemos olvidar tampoco al principio de legalidad, misma que se clasifica en formal y material.<sup>28</sup> Legalidad formal que sirve para indicar al legislador los pasos a seguir para tipificar una ley penal, sin poder limitarse a sólo cumplir con el procedimiento que establece la Constitución para sancionar legalmente conductas contrarias a derecho, pues aún falta el núcleo del principio de legalidad, que es la absoluta precisión que debe tener el legislador en la definición, sin ambigüedades, para que el ciudadano pueda conocer con certeza qué le está permitido o prohibido conforme al principio de reserva penal constante en la Constitución, esto es, que el legislador está obligado a garantizar la seguridad jurídica, a efectos de que tal norma sea de sencilla

---

<sup>28</sup> Ferrajoli, Luigi, Ob. Cit., p. 95 y ss. Maximiliano Rusconi por su parte la clasifica en *lex scripta certa* y *lex stricta*, Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal*, pp. 91 y 92.

comprensión por el ciudadano y por el juzgador que es quien deberá realizar la subsunción entre la norma y el hecho, impidiendo una interpretación analógica, salvo que sea *in bonam parte*.<sup>29</sup>

Por ello, si el legislador no responde al principio de legalidad formal, la intervención punitiva sería ilegítima y ajena a la Constitución, destruyendo todo el sistema garantista que limita el ejercicio el *ius puniendi* por parte del Estado, de igual modo que se destruye con el principio de culpabilidad, pues es imposible una imputación subjetiva ante un delito de peligro abstracto, pues el dolo se basta del conocimiento del carácter prohibido de la conducta, (como si el bien jurídico lesionado fuera la misma ley penal), cuando lo que en realidad debe sancionar son los daños o los peligros concretos de lesión de bienes jurídicos de terceros, sean estos individuales o colectivos.

Entonces, ¿los tipos penales que describen delitos de peligro abstracto son inconstitucionales? Como vimos, el principio de lesividad y la antijuridicidad material gozan de estatus Constitucional, por ello, si los delitos de peligro abstracto riñen con dicho principio, debemos concluir que efectivamente los delitos de peligro abstracto son inconstitucionales en el sentido de que este tipo de peligro para el bien jurídico lo presume el legislador, sin que requiera comprobación judicial, lo cual atenta contra el principio de antijuridicidad material, pues además, al no admitir prueba en contrario, se vulneran derechos fundamentales tales como la presunción de inocencia, derecho de contradicción, de defensa e incluso el deber de objetividad del fiscal de investigar tanto los elementos de cargo como de descargo del procesado.

---

<sup>29</sup> Bacigalupo, Enrique, *La individualización de la pena en la reforma penal*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.

### **CAPÍTULO III**

## **EL GROOMING VISTO DESDE EL DERECHO PENAL DE LA SOCIEDAD DE RIESGO**

### **3.1.- Derecho penal de la sociedad de riesgo**

Gracias a la tecnología y las comunicaciones, a través de las denominadas TIC's, tenemos la posibilidad de comunicación a nivel mundial como nunca antes en la historia, lo que ha dado como resultado, entre otras cosas, el que asumamos como riesgo propio lo que acontece en cualquier lugar del mundo, como la proliferación de armamentos, el terrorismo, la energía nuclear, la radiación, la experimentación con virus y genes, la alteración del ámbito natural, las toxinas, la globalización económica, el ciberespacio financiero, entre otras, que constituyen un riesgo mundial ante su eventual mala utilización; y aunque no siempre sea factible que tales riesgos efectivamente se sucedan en nuestro ámbito, aun así el temor colectivo hoy por hoy es mayor que el riesgo real, pues vivimos en una sociedad mediatizada y subjetivada por información y percepción de peligro ajeno que se asume como propio.

Al respecto Ulrich Beck describió ya esta situación mediante lo que denomina “*la sociedad de riesgo*”, señalando que: “La historia del reparto de los riesgos muestra que éstos siguen, al igual que las riquezas, el esquema de clases, pero al revés: las riquezas se acumulan arriba, los riesgos abajo. Por tanto, los riesgos parecen ‘fortalecer’

y no suprimir la sociedad de clases (...) los ricos pueden ‘comprarse’ la seguridad y la libertad respecto del riesgo”<sup>30</sup>.

Este sociólogo alemán concibe al riesgo como integrante de la estructura social surgido en ocasión de la actual crisis de la sociedad ante el desempleo, semi ocupación, políticas empresariales no solidarias, la despersonalización laboral ante la sustitución del hombre por la computadora y robots, falta de vivienda, marginación, discriminación sexual y étnica, entre otros. Considera así que unos riesgos producen mayor distancia entre la gente; otros, en cambio, se equiparan. Un ejemplo de lo primero es la marginación por ser indicadora de diferencia social, y de lo segundo, la contaminación ambiental, porque nos afecta a todos por igual.<sup>31</sup>

Otro elemento de la vida sujeta a riesgo es la seguridad individual y colectiva, problema que hace que brote en la sociedad una sensación de impotencia, temor y reacciones violentas, lo cual a su vez da lugar a que se pretenda tomar algunas medidas erróneas que no logran su objeto y generan, como sostiene Hassemer, “déficits de realización porque las leyes pueden producir consecuencias injustas que eleven y hagan selectivas a la cifra negra de criminalidad”<sup>32</sup>; o como bien sostiene Sgubbi: “La sobreabundancia de figuras delictivas, leyes extra código, dispositivos amplificadores del tipo, responsabilidades objetivas, figuras de peligro abstracto y tipos penales parcialmente en blanco, transforman al delito en un riesgo social, ya que todo ciudadano queda a merced de algunas de estas posibilidades antedichas, pues es lógico suponer

---

<sup>30</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 40-41.

<sup>31</sup> Beck, Ulrich Ob. cit., p. 42.

<sup>32</sup> Hassemer, Winfried, ob. cit., p. 58.

que no se asuma una conducta ajustada a Derecho con pautas difusas como las que hoy nos rodean”.<sup>33</sup>

El ser humano en tal sentido ya no está en posición de ajustar su vida diaria a través del exigido autocontrol motivado por la norma; tampoco puede concebirse al sujeto activo de una infracción como aquella persona que se aparta del camino de la ley contrariando a la sociedad, mediante lo que los sociólogos llaman “anormal”, cuando la persona promedio o que llamaríamos entonces “normal”, también se ve captado por una anomia actual, misma que nace, no por la falta de regulación, sino por un exceso normativo perjudicial, que en la mayoría de los casos ni siquiera son identificables por el ciudadano, destinatario de la norma, quien no reconoce un sistema “disperso, atomizado y de diferentes velocidades de punición”.<sup>34</sup>

Los cambios en los estándares de vida, sumada al progreso social y material de la sociedad han hecho que los niveles de riesgo también varíen en uno y otro sentido, por lo que también se debe tomar en cuenta que posiblemente lo que fue un riesgo ayer, mañana puede dejar de serlo y con ello también la posición de garante de la persona, por eso es que Roxin aseveraba que “*se trata de decidir cuanta libertad queremos conceder al individuo*”<sup>35</sup>.

Es así que el llamado “derecho penal de la sociedad de riesgo” es una teoría que nace de los avances tecnológicos y las grandes transformaciones sociales de las últimas décadas, de los que han surgido problemas que exigen nuevas respuestas por parte del derecho penal; teoría que indaga hasta qué punto el derecho penal está en condiciones

---

<sup>33</sup> Sgubbi, Filippo, *El delito como riesgo social*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, p. 49.

<sup>34</sup> Conforme lo propuesto por José María Silva Sánchez y W. Hassemer, respectivamente.

<sup>35</sup> Roxin, Claus, *Sobre el estado de la teoría del delito*, AA. VV., Madrid, Civitas, 2000, p. 187.

de hacer frente, con su derecho penal liberal ajustado al Estado de Derecho al que pertenece incluso el concepto de bien jurídico, con los modernos riesgos sociales<sup>36</sup>.

Por ello el derecho penal de riesgo busca el desarrollo de un derecho penal preventivo, basado en la protección de bienes jurídicos universales a través de delitos de peligro abstracto, lo que conlleva a una “flexibilización de las reglas de imputación”<sup>37</sup>; siendo su característica principal el provenir de una legislación que se promulga conociendo de antemano su ineficacia, pues lo único que se busca es crear una sensación de seguridad como respuesta ineficaz para la solución del conflicto social<sup>38</sup>.

En otras palabras, la función del derecho penal se ha transformado en mera retórica cuando se ataca al principio de legalidad al abarcar los tipos penales una gran cantidad de actuaciones no necesariamente lesivas de bien jurídico alguno que justifique la intervención punitiva del Estado.<sup>39</sup>

En el caso del grooming es claro que el desarrollo de la tecnología ha jugado un papel fundamental, ya que esta es precisamente uno de los factores, aunque no el único, que ha determinado el nacimiento de nuevas realidades sociales, las que según Díez Ripollés generan riesgos que resultan de difícil anticipación, lo que crea actividades generadoras de riesgos enlazadas unas con otras; riesgos que a su vez generan en la sociedad un sentimiento de inseguridad, mismo que a la vez es potenciado por la cobertura mediática de los sucesos peligrosos, sumado a las dificultades del ciudadano común para comprender estas nuevas tecnologías como parte de su vida cotidiana, lo

---

<sup>36</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997, p. 60 y ss.

<sup>37</sup> Navarro Cardoso, Fernando, *El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador*, pp. 6 y 13; citado por Lascano, Carlos, Ob. cit., p. 7.

<sup>38</sup> Hassemer, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, p. 35 y 36.

<sup>39</sup> Aller, Germán, Introducción a “Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo”, Carlos Álvarez editor, Montevideo, 2006, p. 20.



que ha desembocado en “una preocupante transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva”<sup>40</sup>, por lo que a la luz de los elementos característicos de la sociedad del riesgo, se pone en duda la capacidad de respuesta del derecho penal frente a estos nuevos riesgos, lo que ha desencadenado una serie de interrogantes respecto a la forma de enfrentar las nuevas formas de criminalidad que puedan devenir junto a estos cambios. Y es precisamente esta la razón por la que el legislador se ha servido de un derecho penal a todas luces preventivo y preocupantemente anticipatorio de la punibilidad a través de medidas tales como la creación de nuevos bienes jurídicos supraindividuales de contenido difuso, dado que en el mundo actual se privilegia la protección de condiciones o estándares de seguridad y la evitación de perturbaciones sociales por sobre la represión o castigo de daños individuales y concretos; o también mediante la tipificación de delitos de peligro, en especial de peligro abstracto, con lo que se pretende alimentar una sensación de seguridad; y finalmente mediante la flexibilización y deformación del derecho adjetivo y sustantivo, bajo el supuesto de que sólo de esta manera será posible reaccionar de una forma más eficiente ante estos nuevos problemas; tendencia “preventiva” que conllevará a una flexibilización de los presupuestos clásicos de imputación objetiva y subjetiva, así como de aquellos principios garantistas propios del derecho penal en un Estado de Derecho.

### **3.2.- El Grooming y la expansión del derecho penal**

Al referirnos a términos como “expansión del derecho penal” o “sociedad de riesgo”, no se trata de asuntos abstractos y alejados de la realidad, sino que se trata de

---

<sup>40</sup> Díez Ripollés, José Luis. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, No. 07-01, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

teorías que tienen su origen en importantes cambios producidos en las sociedades contemporáneas. No nos encontramos ante simples construcciones dogmáticas sin una base concreta que repercuten en el plano político y en la práctica legislativa y judicial, sino que además están poniendo en juego la esencia misma del derecho penal.<sup>41</sup>

El llamado “moderno derecho penal” como lo define Cesano<sup>42</sup> implica una expansión desmesurada de la legislación penal y un alejamiento de principios rectores del derecho penal liberal, tales como el principio de legalidad a través de ley previa, escrita y que especifique los límites de la tipicidad o el de mínima intervención pues el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos considerados de mayor importancia<sup>43</sup> (principio recogido dentro del Art. 195 de nuestra Constitución); principio de subsidiariedad o *ultima ratio* (se recurrirá al derecho penal como forma de control social únicamente en aquellos casos en que otros controles sociales sean insuficientes, esto es, cuando hubieren fracasado las demás ramas del derecho en la búsqueda de solución al conflicto social); y el de fragmentariedad (el derecho penal se debe limitar exclusivamente a los ataques contra los bienes jurídicos más relevantes).<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Lascano ha señalado en este sentido, que “la coyuntura en la que se mueve el Derecho penal de los últimos diez años es una de las más graves, pues compromete los rasgos definitorios de su propia identidad”, Lascano, Carlos J. (H), *Manual de Derecho Penal, parte general*, Advocatus, Córdoba, 2002, p. 75.

<sup>42</sup> Cesano efectúa un detallado análisis de algunas leyes dictadas en el marco de este fenómeno normativo expansionista, Cesano, Ob. cit., p. 2.

<sup>43</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 72; citado por Milanese, Pablo, “El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima”, en *Derecho Penal On Line* (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea) en [www.derechopenalonline.com](http://www.derechopenalonline.com).

<sup>44</sup> Principios que pueden verse en la obra de Hassemer, “*Por qué no debe suprimirse el derecho penal*”, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, p. 36. Ferrajoli también sistematiza los principios del derecho penal de manera detallada en su obra, Ob. cit., p. 93.

Frente a esto es que los representantes de la denominada “Escuela de Frankfurt” propugnan el regreso al derecho penal liberal, con sus principios político-criminales de garantía. Hassemer postula entonces que el derecho penal liberal debe reducir su objeto al derecho penal “nuclear”, afirmando que las infracciones contra los nuevos bienes jurídicos bien pueden regularse a través de lo que denomina un “derecho de intervención”, con un nivel de garantías y procedimiento distinto al del derecho penal, sino más bien a través de un procedimiento administrativo caracterizado por su menor intensidad al momento de sancionar a los individuos.<sup>45</sup>

Por su parte Silva Sánchez, considerando imposible la vuelta al derecho penal liberal propuesto por Hassemer sostiene que no habría problema para admitir un modelo de menor intensidad dentro del derecho penal; “siempre que las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión”<sup>46</sup>. En este sentido Silva Sánchez lo que advierte es que el problema no es tanto la expansión del derecho penal en general, sino específicamente la expansión del “Derecho penal de la pena privativa de libertad”, por lo que considera que es esta última la que debe realmente ser contenida<sup>47</sup>.

En este marco se ubica su teoría sobre las dos velocidades del derecho penal y su rechazo a la tercera velocidad constituida por el derecho penal del enemigo, tema tan mencionado en los últimos tiempos. Según Silva Sánchez, esta expansión del derecho penal tiene características tales como una tendencia a la reinterpretación de las garantías del Derecho Penal sustantivo y adjetivo, conjuntamente con la creación de nuevos bienes jurídicos a tutelar; así como también la ampliación de los riesgos penalmente

---

<sup>45</sup> Lascano, Ob. cit., pp. 10 y 11 y también Roxin, Ob. cit., p. 61.

<sup>46</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, pp. 149 y ss.

<sup>47</sup> *Ibidem*. P. 152.

relevantes, lo que por supuesto conlleva a una flexibilización respecto de la imputación y las garantías de los ciudadanos<sup>48</sup>, lo cual conforme el tratadista Canció Melia significa que “el derecho penal simbólico y el denominado resurgir del punitivismo constituyen el linaje del derecho penal del enemigo”<sup>49</sup>.

Esta doctrina, cuya creación se le atribuye al tratadista alemán Gunther Jakobs, a breves rasgos, concibe la existencia de dos categorías de normas penales; un derecho penal para el ciudadano, en el que la pena es la respuesta a un hecho no permitido por la norma penal, mismo que se encuentra dirigido a las “personas”; mientras que por otro lado existe otro derecho penal dirigido en contra de un “individuo” (lo concibe distinto al concepto de persona) peligroso, en donde la pena adquiere otro sentido, esto es, eliminar el peligro<sup>50</sup>, convirtiéndose el derecho penal del enemigo en una herramienta contra aquellas personas quienes no ajusten su conducta al “deber ser” de la sociedad, o cuando no cumplan las expectativas de conducta que de ellas se espera.<sup>51</sup> Por ello vemos que tanto el derecho penal de la sociedad del riesgo cuanto el derecho penal del

---

<sup>48</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. España, Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 17-18.

<sup>49</sup> Canció Melia, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Gunter y Canció Melia, Manuel, España, Madrid, Editorial Civitas, 2003, pp. 65-83.

<sup>50</sup> Para Jakobs “persona” e “individuo” son dos conceptos distintos: en un caso, persona, es aquel que actúa conforme a derecho en un determinado contexto social, mientras que el individuo, en vez de auto determinarse por la norma, se rige por el principio del placer, haciendo todo lo que le parezca más provechoso, y en definitiva, sin importar si dichas actitudes se encuentran conforme a derecho. Jakobs, Gunther, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo (Norm, Person, Gesellschaft, Vorberlegungen zu einer Rechtsphilosophie. Dritte, erheblich veränderte Auflage)*, Duncker & Humblot, 2008, pp. 9 y ss. 29, citado en *Derecho Penal del enemigo* por Jakobs, Gunter y Cancio Melia, Manuel, España, Madrid, Editorial Civitas, 2003, pp. 21-33.

<sup>51</sup> En este sentido Jakobs considera que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo que no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; con ello no se puede resolver el problema de cómo tratar a los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana, sino que, como ya se ha indicado, se exige la separación de ellos, lo que significa que hay que protegerse frente a los enemigos. Jakobs, Gunther, Ob. cit., pp. 47-48.

enemigo coinciden en un punto: la anticipación de la punibilidad contra los “peligrosos”.

Es por ello que frente a la expansión excesiva del derecho penal consideramos, acorde a la teoría de Ferrajoli, que debemos tender hacia un derecho penal mínimo, esto es, un derecho penal limitado al máximo, con un máximo grado de tutela en favor de los ciudadanos con respecto al arbitrio punitivo en el que, sobre todo, exista racionalidad y certeza, lo cual no se obtiene con la tipificación de delitos de peligro abstracto.<sup>52</sup>

Por ello, frente al grooming, es necesario considerar que esta expansión de la punición estatal ha devenido en un incremento en las formas de castigo contra la delincuencia sexual por medio del derecho penal<sup>53</sup> bajo el fundamento de que el derecho penal es el que debería responder ante la delincuencia sexual, por considerarse debe proteger a la sociedad frente a los peligros que representan aquellos sujetos con “manifiesta tendencia” a cometer delitos graves, como son los delitos sexuales.

Así, vemos cómo la respuesta contra estos peligros se ha considerado siempre desde la óptica de prolongar la privación de libertad del condenado; vemos entonces cómo la denominada “protección a la sociedad” responde a un cambio de paradigma en torno al cual se mueve la política criminal actual, esto es, que si antes la determinación de la pena se justificaba como medio para sancionar los ataques contra el Derecho como garante de la ciudadanía; hoy por el contrario tenemos que la pena tiene la función de evitar las consecuencias negativas de la violación de la ley para la estabilidad del sistema y para la confianza en la vigencia del Derecho frente a la sociedad del riesgo<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Ferrajoli, Luigi, Ob. cit., pp. 101 y ss.

<sup>53</sup> Robles, Ricardo, *Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad*. INDRET, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2007. En <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78453/102441>.

### 3.3.- Delitos de peligro y grooming

Se ha definido la peligrosidad como “la condición que concurre en el individuo notoriamente propenso a realizar actos antisociales o criminosos”<sup>55</sup>. Von Feuerbach definió la peligrosidad como “La característica de la persona en la cual existe una base de probabilidad de que efectivamente lesionará derechos”<sup>56</sup>. Garofalo por su parte acuñó el concepto de “*temibilità*”, para aquellas personas que por sus conductas dañinas infundían temor y miedo en la sociedad.<sup>57</sup> Este concepto de temibilidad indica la manera en que la sociedad considera al sujeto temible, dado que es la sociedad la que teme la posible acción del hombre peligroso cambiando la finalidad de la pena de *pena-castigo* a *pena-defensa* de la sociedad de acuerdo con el grado de peligrosidad y reprochabilidad del sujeto.<sup>58</sup> Ferri, quien la denominó “inadaptabilidad social”<sup>59</sup> junto a Garofalo sentaron la bases del actual concepto de peligrosidad, más allá del término

---

<sup>54</sup> Albrecht, al hablar de la teoría de la prevención, tesis contraria a los principios del derecho penal de la Ilustración, sostiene que esta teoría abandona el bien jurídico individual con la finalidad de consolidar la premisa de la protección del sistema. Albrecht, Peter-Alexis, *El derecho penal en la intervención de la política populista*, En *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, Comares, 2000, pp. 474-475.

<sup>55</sup> *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario*, AA. VV., Lima, Ara, 2003, pp. 811-846.

<sup>56</sup> Von Feuerbach, Anselm, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts* 1800, t. II, Chemnitz, Scientia Verlag Aalen, 1966, pp. 365-366.

<sup>57</sup> “Para designar la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente, forjé yo la palabra ‘temibilità’, que no tiene equivalente en español”, Garofalo, Raffaele, *Criminología*, trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, La España Moderna, p. 405.

<sup>58</sup> Antonio García-Pablos de Molina, *Manual de Criminología*, Madrid, Espasa Calpe, 1988, p. 271.

<sup>59</sup> Ferri, Enrico, *Sociología Criminal*, t. 2, Madrid, Centro Editorial de Góngora, p. 166.

empleado<sup>60</sup>, adoptando un criterio en el que consideran que la pena solo podría ser impuesta si existiera un delito, si el autor fuese imputable y si fuera peligroso<sup>61</sup>, por lo que el Derecho penal, concebido como lucha contra la criminalidad, conforme lo manifiesta Köhler<sup>62</sup>, pierde su función garantista al convertirse en un Derecho de medidas de seguridad, razón por la que Soler ya señaló que, por su imposibilidad teórica y práctica, esta teoría de la “peligrosidad” carece de criterio científico, sino jurídico y, por ende, “impreciso, indeterminado y contradictorio que, por ello, demanda ser utilizado con suma prudencia”.<sup>63</sup>

El autor italiano Petrocelli<sup>64</sup>, al referirse a la peligrosidad humana manifiesta que para que esta exista deben concurrir los siguientes elementos: “un peligro determinado, un sujeto peligroso, un sujeto pasivo del peligro, los factores, componentes o condiciones de la peligrosidad, y los indicios o síntomas de ella”.<sup>65</sup>

Todo hecho delictuoso conlleva implícitamente un peligro para la sociedad y para la víctima, sin embargo la peligrosidad penal sobrepasa al peligro al centrarse en aspectos preventivo-penales que contradicen a los principios penales de disvalor en relación al acto y conducta penalmente reprochable pues la teoría de la peligrosidad lo que hace es representar un pronóstico basado en meras probabilidades y en un juicio a

---

<sup>60</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*, Madrid, Reus, 1920, pp. 19 y 32-33.

<sup>61</sup> Filippo Grispigni, *Diritto penale italiano*, t. I, Milano, 1947, pp. 171 y ss.

<sup>62</sup> Köhler, Michael, *La imputación subjetiva: estado de la cuestión*, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, AA. VV., Madrid, Civitas, 2000, pp. 77-78.

<sup>63</sup> Soler, Sebastián, *Teoría del estado peligroso*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1929, p. 189.

<sup>64</sup> Petrocelli, Biagio, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padua, CEDAM, 1940, pp. 3-4.

<sup>65</sup> Ídem, p. 17.

priori sobre lo que podría o no hacer el sujeto. En consecuencia, al tratarse de una presunción respecto de lo que el sujeto podría efectuar en un futuro incierto y no de un acto acaecido por su obrar, sino por una mera enunciación en los tipos penales, podemos concluir que la peligrosidad carece de un concepto normativo que respalde su existencia en materia penal al centrar su atención en el delincuente y no en el delito, pues no se puede efectuar una proyección sobre el futuro de una persona *peligrosa* y por ello sancionarla sin considerar la reprochabilidad por un acto concreto.

Tal otorgamiento a la categoría de delito nace exclusivamente como consecuencia de una decisión de política criminal que pretende adelantar la intervención penal a través de nuevos tipos penales de peligro abstracto en atención a la tan referida peligrosidad del actuar del individuo.<sup>66</sup> Esa tendencia, propia del “fenómeno de la expansión penal”<sup>67</sup>, a adelantar la tutela penal puede clasificarse a través de dos criterios:<sup>68</sup> Emplazando al *iter criminis* a través de la tipificación de delitos por actos preparatorios; y por el juicio de lo *peligroso* en los delitos de peligro abstracto.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> Kindhäuser al respecto sostiene que “La cuestión que suscita problemas respecto de estas figuras, es la fundamentación de su injusto, pues todos los delitos de peligro tienen el elemento negativo común de que su injusto no consiste en la lesión de un bien jurídico”, Kindhäuser, 2009, p.3.

<sup>67</sup> Silva Sánchez acuñó esta expresión para denominar la creciente tendencia del derecho Penal a expandirse a intervenir en áreas que el Derecho Penal clásico, estimando que debían quedar fuera de su regulación.

<sup>68</sup> Existe una discusión en la doctrina penal sobre este punto puesto que no todos los tratadistas consideran que el fin del derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, ni consecuentemente, que el referente material de la actividad penal legítima sea la afectación material de un bien jurídico.

<sup>69</sup> Cury respecto del adelantamiento de la protección penal manifiesta que la forma técnica como esto se realiza es mediante 1) extensión expresa y directa del tipo y establecer una pena para el que prepara su ejecución. 2) elevar a la categoría de delito ciertas conductas más o menos específicas que preceden a su ejecución. 3) se sancionan formas anticipadas de participación: la proposición y la conspiración para delinquir, Cury, 2005, p. 561



### **3.4.- Actos preparatorios del grooming considerados desde la sociedad de riesgo**

De manera general, se considera a los actos preparatorios como impunes<sup>70</sup>; y sin embargo existen tipos penales que categorizan a los actos preparatorios ya como delitos<sup>71</sup>; actos preparatorios que no lesionan un bien jurídico por sí mismos, sino que se constituyen en el medio de preparación de un acto doloso que afectará bienes jurídicos, ya individuales, ya colectivos<sup>72</sup>.

Frente a esta introducción de tipos penales que tipifican a los actos preparatorios como delitos, el límite de su legitimidad está dado a través de los principios constitucionales, de los cuales se desprende que el objeto a ser protegido por un tipo penal sólo puede ser un bien jurídico concreto, pues ante el principio de proporcionalidad únicamente se justifica una sanción penal frente a conductas realmente peligrosas, esto es, conductas que efectivamente causen una lesión.

Dentro del Derecho Penal la tipificación de los actos preparatorios sostiene una pugna en el sentido de si deben o no ser castigados, pese a lo cual en el ámbito internacional, entendido bajo una función de protección de bienes jurídicos por parte del derecho penal, especialmente en el ámbito sexual, podemos claramente advertir que se ha impuesto la tendencia a incluir a los actos preparatorios en la categoría de delitos.

---

<sup>70</sup> “En el iter criminis se distingue entre una fase interna y otra externa. En la fase interna, aquella que se produce en la mente del autor, no puede ser objeto de castigo por el Derecho (cogitationis poenam nemo patitur), mientras que la fase externa, se encuentran los actos preparatorios por una parte, y los actos ejecutivos, por la otra siendo estos últimos aquellos que interesan al Derecho Penal”, Mir Puig 2007, Ob, Cit. p. 337.

<sup>71</sup> De esta manera la ley castiga expresamente conductas que no realizan acto alguno del tipo de delito consumado, con lo que se está adelantando la protección penal del bien jurídico.

<sup>72</sup> Puschke al respecto señala que la justificación de esta punición radica en la existencia de la peligrosidad de la conducta, que sería el resultado entre la acción preparatoria y la acción lesiva futura, sustentándose esta relación, tanto en elementos objetivos como subjetivos. Puschke, 2010, p. 5

Respecto del Grooming, como era de esperarse, a fin de evitar la proliferación de este fenómeno, socialmente se ha demandado mayor control y regulación normativa, por lo que la intervención del Derecho Penal en este ámbito se ha convertido en una de las principales herramientas de las que se ha servido la comunidad internacional buscando tipificar estas conductas siendo que varios países han dado respuesta a esta problemática del grooming elevando a los actos que constituyen tal conducta a la categoría de delito<sup>73</sup>; opción netamente político-criminal que no se ha librado de controversia, especialmente al adelantar la intervención penal y pretender legitimarla a través de la creación de nuevos tipos penales de peligro<sup>74</sup>, donde el Ecuador no se ha quedado atrás ante esta tendencia, cuando hace ya algunos años se originaron una serie de iniciativas tendientes a una regulación penal al respecto a partir de la promulgación de la Ley de Comercio Electrónico en 2002, incluyéndose también los delitos informáticos en el actual COIP, tipificando y sancionando el “*Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos*” o Grooming ante la obligación de los Estados de dar cabal cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos<sup>75</sup>, lo que ha hecho que prevalezca la idea de penalizar todas estas conductas como delitos independientes<sup>76</sup>, como sucede con nuestro Art 173.

---

<sup>73</sup> Entre los países que han adoptado medidas penales para hacer frente al grooming, podemos mencionar a Alemania, Australia, Estados Unidos, Escocia, Inglaterra, España y Argentina mediante tipos autónomos y Chile mediante modificación de su legislación penal dentro del delito de abuso sexual.

<sup>74</sup> Como señala Puschke, “El Derecho penal de peligro constituye un ámbito difícil, sin contornos claros, siendo sus conceptos, su sistemática y los límites de su legitimidad altamente controvertidos.”, Puschke, 2010, p. 4.

<sup>75</sup> En este sentido, Künsemüller sostiene que “la presión de la normativa internacional se ha hecho sentir en la evolución legislativa de diversos países, tanto europeos, como americanos. En Italia, Alemania y España, las autoridades políticas han emprendido una vasta tarea de adecuación de sus códigos a las nuevas exigencias derivadas del consenso supranacional a que se ha llegado respecto de la necesidad ineludible de revisar-en términos de incrementar la severidad de la respuesta penal- el tratamiento tradicional dado por los Códigos a los hechos de abuso o explotación de niños con fines sexuales y divulgación o tráfico de ellos, tema éste, que de cara a los impresionantes avances tecnológicos, como

## CAPÍTULO IV

### NECESIDAD DE TIPIFICAR O NO EL GROOMING EN EL ECUADOR

#### 4.1.- ¿Es posible la síntesis entre garantismo y derecho penal de riesgo?

Las respuestas doctrinales frente a la necesidad o no de que el derecho penal haga frente a estas nuevas realidades o la fórmula que debería adoptar del derecho penal en caso afirmativo, son diversas y han sido canalizadas a través de dos tendencias político-criminales; unas modernizadoras y unas garantistas, que tienen en común la reducción al mínimo de los límites del Derecho penal; tendencia, como ya indicamos, representada por la Escuela de Frankfurt a través de Hassemer<sup>77</sup> quien en lo principal sostiene que el derecho penal no debe encargarse de la defensa de la sociedad ante los nuevos riesgos, sino mantener intacto el sistema del derecho penal clásico, siendo inaceptables las transformaciones que debe sufrir el derecho ante tales nuevos riesgos ya que ello supondría el abandono de los principios del derecho penal clásico, desvirtuando su carácter de *ultima ratio*; esto se debe a que tales transformaciones tendrían como consecuencia la desnaturalización que conllevaría la protección

---

por ej., las redes de Internet, enfrenta al Derecho Penal clásico, regido por principios tan esenciales como los de intervención mínima, última ratio, subsidiariedad, cuya precisa y conveniente solución no se divisa como algo fácil de lograr”, Künsemüller, 2003, p. 8.

<sup>76</sup> Cox, en alusión a la creciente expansión del Derecho Penal, señala que “es claro que se ha venido generando en estas décadas un aumento de la demanda social por más protección, lo que ha redundado en una impresionante ampliación del aparato penal, no siempre coincidente con las necesidades de la “auto comprensión social”, lo cual encontraría en los delitos sexuales, uno de sus mayores referentes”, Cox, 2005, p. 148 y ss.

<sup>77</sup> Hassemer, W. *Viejo y nuevo Derecho penal*, en *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal* (traducción de Muñoz Conde, F. y Díaz Pita, M. M.), Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pp. 15-37.

generalizada de bienes jurídicos de carácter supra-individual o colectivo; y la flexibilización de los criterios dogmáticos tradicionales de imputación de la responsabilidad como son la relación de causalidad, la imputación subjetiva y autoría; así como la flexibilización de las garantías político-criminales, tanto materiales como procesales, correspondientes a los principios de legalidad, irretroactividad y culpabilidad, por lo que más bien se muestra partidario de una reducción del objeto del derecho penal y del derecho penal mínimo, al considerar que los bienes jurídicos de carácter supraindividual sólo deben ser tutelados en la medida en que sean concebidos como intereses al servicio del individuo; así, al evitar una protección de bienes jurídicos universales se logra evitar el uso de la técnica de tipificar delitos de peligro abstracto, técnica que precisamente es la principal causante de la flexibilización de los criterios dogmáticos tradicionales de imputación de la responsabilidad y de las garantías político-criminales.

Por ello se debe respetar las reglas dogmáticas tradicionales de imputación y los principios político-criminales garantistas, propios del derecho penal liberal clásico, por actuar como límites de la intervención punitiva del Estado en la esfera de libertad personal del individuo. En definitiva, para Hassemer, el derecho penal debe reducir su objeto de protección a un derecho penal básico, cuya función debe consistir en tutelar exclusivamente los bienes jurídicos individuales más importantes, como los delitos contra la vida, contra la libertad sexual, contra la libertad, contra el patrimonio, etc.; siendo que los antes nombrados bienes jurídicos universales, deberían ser precisados y funcionalizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales<sup>78</sup>, por lo que más bien propone la creación de un “derecho de intervención” para evitar la

---

<sup>78</sup> Hassemer, W., Ob cit., pp. 32, 33.

desnaturalización del Derecho penal clásico y, a su vez, satisfacer las necesidades de la sociedad de riesgo, tratándose de una normativa ubicada entre el derecho penal y un derecho con sanciones administrativas, con un nivel de garantías procesales inferior al del derecho penal, pero también con menor intensidad a la hora de sancionar a los individuos. Para Hassemer, esta clase de Derecho “moderno” no sólo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas de las sociedades modernas.<sup>79</sup>

En la misma línea, como máximo expositor del garantismo, Ferrajoli considera que se ha producido una ampliación indeterminada de bienes tutelados por medio del uso de términos vagos, imprecisos e incluso valorativos, destruyendo el principio de estricta legalidad de los tipos penales, lo que conlleva a un amplio espacio para la discrecionalidad judicial. Considera que mediante la configuración de delitos de peligro abstracto, caracterizados por su carácter altamente hipotético e improbable de resultado lesivo y por su descripción abierta y no taxativa de la acción, expresados con textos y fórmulas tales como “actos preparatorios”, “dirigidos a”, “idóneos para poner en peligro” o similares, crean una anticipación de la tutela, lo que conlleva al resultado de la disolución del concepto de bien jurídico penal como el criterio axiológico de orientación y delimitación de los tipos penales.

Para Ferrajoli es difícil negar el carácter antiliberal, irracional, tendencialmente clasista y contrario a la Constitución de la escala de bienes tutelados por el derecho penal, en contradicción con el escaso valor otorgado a la libertad personal, de la que se priva incluso por infracciones levísimas<sup>80</sup>, cuanto más que considera que el derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva “deflación de los bienes penales y de las

---

<sup>79</sup> Hassemer, W., Ob cit., pp. 33 y ss.

<sup>80</sup> Ferrajoli, Luigi., Ob cit., pp. 474 a 476.

prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica” y que el principio de lesividad permite considerar “bienes” sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso”.<sup>81</sup>

#### 4.2.- El Grooming en el Código Integral Penal

El Art.- 173 del COIP, reza:

*“Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos.- La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”*

En primer lugar estableceremos los elementos más importantes de este tipo penal ya constante en el COIP:

Sujeto Activo:	El sujeto activo es cualquier persona por lo que no se determina edad o característica
----------------	--

---

<sup>81</sup> Ídem, pp. 476 a 478.

	especial alguna para el sujeto activo, quien en este caso, incluso consideraría a los menores de edad como sujetos activos.
Sujeto Pasivo:	<p>Cualquier persona menor de 18 años; de cualquier sexo y personas con alguna discapacidad; por lo que no existiría delito de grooming contra personas mayores de 18 años que no padezcan de incapacidad, lo cual conlleva tácitamente a que la misma norma permite que en estos casos se deba proseguir la acción penal a través de otros tipos penales contenidos en el propio COIP.</p> <p>En éste aspecto, si la víctima es una persona mayor de 18 años, que ha sido obligada a realizar actos de naturaleza sexual, entonces no se cometería éste delito.<sup>82</sup></p>
Elemento Objetivo:	<p>Como elemento constitutivo del tipo se exige la propuesta con el sujeto pasivo a través de medio informático o telemático, propuesta de encuentro con fin sexual o erótico, la cual necesariamente deberá estar acompañada de actos materiales que deriven en el objetivo deseado por el sujeto activo.</p> <p>Dificulta tal tipificación si se considera que no basta el establecimiento de contacto cuando el operador de justicia tiene tal nivel de discrecionalidad que lo lleve a definir como actos materiales encaminados al acercamiento cualquier tipo de expresión o actuación del sujeto, lo cual sin duda tendría que estar delimitado por directrices racionales que en principio guíen su actividad judicial, pues ¿cuáles podrían el fiscal y el juez considerar como “actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica”?</p> <p>El Código Orgánico Integral Penal expresa además el requisito de que el acercamiento deberá ser obtenido mediante coacción o</p>

<sup>82</sup> Concordamos con el autor Ernesto Albán, en cuanto a que se trata de una grave omisión cometida por el legislador.

	<p>intimidación.</p> <p>En la redacción de éste artículo tampoco se incluyó la figura del engaño, elemento necesario para la configuración del ilícito, elemento constante en la doctrina como propio del grooming y que ha sido aplicado en la normativa internacional y que sin embargo no consta en el articulado ecuatoriano, pues es claro que “El acosador suele utilizar el engaño en su estrategia para lograr ganarse la confianza del menor (haciéndose pasar por otro niño...) y si no consigue su objetivo suele tratar de lograrlo amenazándole con difundir a través de internet una imagen comprometida que le haya enviado o que haya conseguido con algún tipo de artimaña.”<sup>83</sup></p> <p>Así como tampoco se incluye el evento de que el menor hubiere consentido expresamente, sin coacción alguna a tal encuentro, hecho que de todas maneras afectaría a su indemnidad sexual y que bien puede ser sancionado por otros tipos penales (Ej: Estupro, abuso sexual) que defienden el bien jurídico indemnidad sexual.</p>
Verbos Rectores:	Contactar con finalidad sexual. Esto es, como tan ampliamente hemos explicado en este trabajo, que se sancionan actos preparatorios a través de la tipificación, como en este caso, de delitos de peligro abstracto.
Bien Jurídico Protegido:	Indemnidad sexual.

En relación a la inclusión de éste delito en nuestra normativa penal, en el proyecto de ley del COIP en su Art. 101 se lo denominaba como delito de “Contacto con finalidad sexual”, denominación que ha sido cambiada por la del delito de

<sup>83</sup> Panizo, Victoriano, *El Ciber-Acoso Con Intención Sexual Y El Child-Grooming, Investigación Tecnológica de la Jefatura Superior de Policía de Castilla y León*, España, 2010, p. 26.



*“Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos”*; siendo que aunque el título del actual Art. 173 aparentemente da la idea de que el verbo rector consiste en el “contactar con finalidad sexual”, lo que se castiga no es el contacto con finalidad sexual con el menor, sino la propuesta de concertar un encuentro con éste.

En base al principio de prohibición de interpretación extensiva de la ley penal debemos considerar al momento de sancionar un comportamiento subsumido en éste novísimo tipo penal incluido en nuestra también novísima legislación penal, que el Juez mal podría sancionar penalmente el contacto con finalidad sexual, como erróneamente señala el texto del Art. 173, ya que el texto claramente establece que se sanciona la proposición mas no el contacto; y no olvidemos que tal propuesta por sí sola tampoco puede ser sancionada penalmente, pues necesariamente *“debe estar acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica”*, enunciado que será de difícil y subjetiva interpretación por parte de Fiscales y Jueces, pues ¿cuál es el significado de éstos conceptos *“finalidad sexual”* o *“finalidad erótica”*?; o primeramente, ¿cuáles se deben considerar como *“actos materiales encaminados al acercamiento”*?; es claro que tales criterios, por demás subjetivos, quedarán a discreción del Fiscal a la hora de acusar, quedando también a discreción del Juez el sancionar o no según un criterio subjetivo, que incluso no guardaría armonía con su obligación de motivar su sentencia en conformidad a los requisitos constantes del Art. 76, numeral 7, literal L de la Constitución de la República, cuando es claro que se sancionará en la mayoría de los casos con consideraciones, si se quiere hasta *“lombrosianas”* respecto del supuesto sujeto activo, cayendo por supuesto en el derecho

penal de autor por la considerarlo un sujeto “peligroso” dentro del concepto de la sociedad de riesgo, como ampliamente hemos explicado en capítulos anteriores.

Artículo 173 del COIP que además establece como agravantes de la pena, la coacción o intimidación como medio para el “encuentro” (aquí ya no se habla de “propuesta”, lo que también confunde respecto del verbo rector), lo que ocasiona a que se tome al “encuentro” como agravante de la propuesta; reiteramos, sin que el texto de este artículo tome en cuenta la figura del engaño, elemento básico del Grooming, pues es precisamente el medio fraudulento la base misma del delito; y que sin embargo en nuestra legislación no es constitutivo del delito, pues es claro que si el menor estuviere al tanto de quien es la persona con quien mantiene el contacto no existiría delito de grooming al no existir engaño previo, pues en el evento de que el menor accediera a una relación amistosa u amorosa, tal consentimiento no tiene validez alguna<sup>84</sup> y tampoco puede invocarse como causa de justificación, pues precisamente el bien jurídico transgredido no es la libertad sexual, sino la indemnidad sexual del menor; actos que bien se encuadrarían en otros tipos penales ya incluidos en el propio COIP, con lo que tenemos además que el inciso final del Art.- 173 sanciona el establecer comunicaciones mediante suplantación de identidad, delito que también está contemplado en el Art.- 212 del mismo cuerpo legal.

El artículo 173 del COIP, al analizarlo a la luz de la Constitución hace que nos refiramos a Silva Sánchez cuando sostiene que “aunque la propuesta de vincular la concreción del bien jurídico penal con los valores explícita o implícitamente garantizados en la Constitución en verdad resulta insuficiente, en todo caso, es imprescindible referirnos a la Constitución a fin de hallar, no el concepto de bien

---

<sup>84</sup> Art. 175, num. 5 COIP.

jurídico, pero sí los parámetros pertinentes básicos para establecer qué teoría o noción de antijuridicidad se aviene a nuestro régimen Constitucional”<sup>85</sup>; debiendo entonces poner en manifiesto que en la Constitución se encuentra la concepción de antijuridicidad que se corresponde a la noción de antijuridicidad material, vale decir, a la teoría según la cual el núcleo de la antijuridicidad lo constituye la afectación al bien jurídico por lesión o puesta en peligro; pero en efecto, si sólo los atentados contra los bienes jurídicos legitiman la intervención del poder punitivo, entonces la antijuridicidad material también se constituye en un apéndice del principio constitucional de proporcionalidad<sup>86</sup> por el que la duración de la pena no puede desatender a la gravedad de la conducta, en términos de la afectación del bien jurídico; pero, ¿cuál es de manera definida, clara y sin posibilidad de interpretación subjetiva el bien jurídico que se pretende proteger en el Art 173 del COIP?; o es que la indemnidad sexual del menor, si es este el bien jurídico que se pretende proteger a través de la redacción por parte del legislador de un delito de peligro abstracto como lo es el Art. 173 del COIP, ¿se ve afectada (materialmente, o incluso como peligro) a través de una propuesta?; y cuando se habla de “*actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica*”; ¿se define en algún momento, para no violentar el principio de legalidad y en razón de que en materia penal no cabe interpretación extensiva, cuáles son tales actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica?; es claro que este artículo deja al criterio subjetivo tanto del fiscal, cuanto del juez la acusación y posterior sanción penal a criterios subjetivos, pues, ¿qué es entonces el erotismo al que

---

<sup>85</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992. pp. 273 a 277.

<sup>86</sup> “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”, Art. 76, num. 6, Constitución de la República.

se refiere el artículo?; ¿qué actos deberá considerara el fiscal y el juez como “de finalidad sexual o erótica”?; ¿Qué actos materiales son propios de un acercamiento?; y respecto de los medios coactivos a los que se hace referencia en el artículo, ¿y si son vencibles por parte del sujeto pasivo?; ¿y si tal acercamiento obtenido mediante una propuesta y posterior coacción o intimidación no tiene finalidad sexual o erótica?.

#### **4.3.- ¿Necesidad de la existencia de este tipo penal en el Ecuador?**

En el COIP existen disposiciones que regulan conductas propias de las nuevas formas de delincuencia, en especial tipos penales especiales en materias de alta connotación social (que normalmente se asocian al narcotráfico o delincuencia organizada), anticipando la intervención penal (fórmula jurídica por antonomasia del derecho penal del riesgo) a través de normas redactadas en un sentido amplio que abarcan pluralidad de hipótesis, llegando al punto de sancionar los delitos cometidos por medios electrónicos de la misma manera que los realizados con presencia del sujeto activo.

Considerando que dentro de los medios comisivos para la comisión del grooming el sujeto activo requiere de un cierto nivel de conocimiento técnico, por encima del nivel de la víctima, al servirse de programas informáticos para obtener cuentas de correo electrónicas, usar un cliente de mensajería instantánea como MSN Messenger o similares, para luego ponerse en contacto con la potencial víctima de manera fraudulenta, nos preguntamos: ¿Es lo mismo cometer delitos de connotación sexual, como el abuso sexual, por medios físicos, que por medios electrónicos?; ¿Es posible equiparar las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de una u otra

conducta respecto de la víctima?; y así también: ¿Qué principios del derecho penal permiten adoptar dicha posición?.

Analicemos entonces la política criminal adoptada ante la delincuencia sexual. Franz Von Liszt creó la Política Criminal como disciplina científica, concibiéndola como el conjunto de criterios determinantes de una lucha eficaz contra el delito. Como hemos visto a lo largo de este trabajo se ha intentado encontrar en los principios de necesidad y lesividad la legitimación de las medidas político criminales adoptadas ante la proliferación de los delitos de peligro abstracto, esto a efectos de establecer la legitimidad del Art. 173 del COIP para haberlo incluido como tipo penal autónomo (de peligro abstracto) en la legislación penal ecuatoriana, pero más que intentar destacar la acogida de estos principios en la sociedad, más bien buscaremos determinar los criterios de valoración que permiten decidir cuándo una intervención punitiva es subsidiaria de otra y proporcional a la consecución de un determinado objetivo.

Surgen entonces dos factores al momento de plantear estrategias legislativas contra los ilícitos de connotación sexual: Por una parte la influencia de los medios de comunicación y los intereses políticos, puesto que pretenden a través del derecho penal responder a la satisfacción de determinados grupos, utilizando esta información mediática como una forma de analizar el estado de la delincuencia en el país; y por otra parte la teoría del delito aplicable en un determinado contexto social, indispensable si se quiere decidir la necesidad o merecimiento de sanción penal para ciertos actos.<sup>87</sup>

Conforme a dicha visión, el deber ser del ejercicio punitivo del Estado está regulado tanto por la Constitución, cuanto por las diversas leyes sobre la materia. Lamentablemente tal concepción, como manifiesta Albrecht, parece sacada de “un libro

---

<sup>87</sup> Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 37-38.

de cuentos de Estados de Derecho”<sup>88</sup>, puesto que actualmente el ejercicio de la política criminal se encuentra vinculada con una gama de factores cada vez más externos y alejados a los fundamentos dogmáticos, ya que otra fórmula utilizada por los gobiernos para definir políticas públicas en materia de delincuencia han sido las estadísticas, twitters o ruedas de prensa en relación a los denominados “delitos de mayor connotación social”, pero lamentablemente la expresión antes señalada en sí misma es limitadora de una determinada categoría de conductas, porque un gran número de los denominados “delitos de mayor connotación social” se acercan más al sector de la criminalidad clásica, excluyendo conductas que posiblemente estarían vinculadas con la nueva criminalidad, o la criminalidad organizada<sup>89</sup>.

En consecuencia, no resulta difícil entender que hoy por hoy la función política del derecho penal ha dejado de utilizar la potestad punitiva del Estado conforme a Derecho o al contrato social existente entre pueblo y Estado, sino que la normativa penal ha adquirido ahora una función básicamente preventiva; y con ello, la pena ha comenzado a constituir un medio para la obtención de fines políticamente útiles, lo que se traduce en que el derecho penal se ha convertido en un instrumento político, incluso ofrecido a los votantes durante las campañas, prometiendo alcanzar así la seguridad ciudadana.

---

<sup>88</sup> Expresión usada por Albrecht cuando hace referencia al derecho penal clásico, sistema del derecho penal que él denomina de la “Contrailustración”. Bacigalupo sostiene al respecto que existen fundamentos normativos para justificar teóricamente la intervención punitiva del Estado, pero en la práctica, ellos no ayudan a adoptar las medidas político criminales para abordar el problema del delito actual, Albrecht, Peter-Alexis, *El derecho penal en la intervención de la política populista*, En: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra. *La insostenible situación del Derecho Penal*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, Comares, 2000, p. 472.

<sup>89</sup> Stippel, Jorg, *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal*. Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2006, p. 117, 119.

Las excesivas muestras de violencia en los noticiarios, especialmente aquellos de crónica roja, junto con el énfasis de que se valen los medios de comunicación para exaltar dichas situaciones, generan un ambiente de inseguridad ciudadana que ha generado un fenómeno sin precedentes en el que incluso la propia opinión pública tiende a valorar positivamente las medidas que flexibilizan la ejecución penal, o lo que es lo mismo; que para satisfacer a la opinión pública, que ya está influida por los medios de comunicación, la propia opinión pública considera que los delincuentes deben ser eliminados del mapa, y nada mejor para ello que hacer más gravosas para ellos las consecuencias derivadas de la comisión de un delito, lo que se conoce como el fenómeno de la revalorización del componente aflictivo de la pena, con lo cual la justificación del Estado para usar la pena como método de control social tiene como fundamento que su política criminal se ha servido de la estigmatización de determinadas conductas a raíz de las influencias políticas y mediáticas en la materia<sup>90</sup>.

Ahora bien, en la búsqueda de un concepto de delito en la criminalidad sexual, es necesario hacer una revisión de la evolución histórica de las teorías que abordan el concepto del delito, el cuestionamiento a la primacía del principio de protección de bienes jurídicos en el derecho penal, y a partir de dichos análisis, ponderar la necesidad de castigo penal de conductas como el grooming dentro del contexto ecuatoriano.

Históricamente han existido tres paradigmas principales en relación al concepto de delito, a saber: el delito como vulneración de un derecho, el delito como lesión de un bien jurídico; y el delito como infracción de deberes comunitarios, al cual se suma, recientemente un cuarto paradigma, el delito como una omisión imprudente.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Stippel, Jorg. *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile. Un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal*. Santiago de Chile, Ediciones LOM, 2006, pp. 117- 119.

Feuerbach, sostuvo que el objeto de protección del delito son los derechos subjetivos de los individuos de un Estado, así, el derecho subjetivo de libertad de una persona no puede ser legítimamente limitado más que por el mismo derecho subjetivo de libertad de otra persona, lo que hace posible una verdadera libertad individual, principio de derecho del que nace la determinación de deberes y derechos de una persona en sentido jurídico; teoría que encontró asiento en el derecho civil moderno cuando se vinculó el elemento del derecho subjetivo conjuntamente con el concepto de “relación jurídica” de Savigny y que a la vez permitió fundamentar la validez de la vulneración de un derecho como aquel elemento definidor de un delito, lo cual permitió poder construir una teoría del delito en base al bien jurídico lesionado; pero lo que no pudo advertir Feuerbach fue el desplazamiento del carácter fundamentador y a la vez limitador de los derechos subjetivos cuando ahora el concepto de bien jurídico, como enfoque de la teoría del delito, se considera muy imprecisa porque se incluyen demasiadas causales para una lesión de un bien jurídico; de ahí que junto al elemento de la lesión del bien jurídico aparece además la necesidad de vulneración de una norma de conducta o deber de conducta jurídicamente contrario a un determinado comportamiento en el que la norma se encuentra en una relación funcional con el bien jurídico, es decir que las infracciones de normas de conducta sólo pueden ser sancionadas si con ello se protegen bienes jurídicos, concepción que para Jacobs constituye el paradigma predominante en la actual teoría penal respecto al concepto de delito.

---

<sup>91</sup> La revisión de estos paradigmas se basa en lo expuesto por Gunther, Klaus, en *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un <<cambio de paradigma>> en el derecho penal?*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, España, Comares, 2000, pp. 489-505.



Entonces, ¿cuál es la óptica que corresponde adoptar en el caso de los delitos sexuales?; ¿es posible deducir que la penalización del grooming viene como consecuencia de esta nueva política criminal?

Cuando se habla de la eficiencia del derecho penal se piensa en aquella conducta cuyos beneficios sociales superan a los costes sobre alguien en concreto, mas dicha eficiencia no puede estar exenta del componente disuasorio e intimidatorio propio de la pena, por ello el derecho penal debe comunicar un determinado valor en la norma, es decir, lo que desde el punto de vista jurídico penal se traduce en aquella declaración de gravedad que surge de un determinado hecho, con lo cual parecería que actualmente el derecho penal se ha convertido en una herramienta eficiente para el control social, lo que hace que nos preguntemos si existe un adecuado manejo en política de seguridad ciudadana por parte del actual gobierno que fue el que presentó el proyecto del ley del COIP y que votó a través de sus legisladores a favor de su promulgación, sobre todo cuando tal política de seguridad ciudadana contrasta con los aumentos de las penas, el incremento de más tipos penales (72, sin contar los delitos de propiedad intelectual próximos a incluirse mediante reforma); las altas tasas de encarcelamiento en Ecuador, acompañadas de un endurecimiento de la política criminal y que sin embargo no ha incidido en una baja de las tasas de delincuencia, con lo que se demuestra que las estrategias adoptadas por los gestores de la política criminal nacional han fracasado, poniendo más bien de manifiesto que algo marcha mal en el sistema, pues si en los últimos años las tasas de delitos ingresados a la Fiscalía son relativamente similares, y a la vez las tasas de encarcelamiento y endurecimiento de penas aumentan, no se puede sostener que la política criminal adoptada por este gobierno sea coherente y consistente en relación a las expectativas que debe cumplir en la sociedad.

Entonces, volviendo a nuestro tema, si la potestad punitiva del Estado instrumentalizada por el legislador a través del Art. 173 del COIP, bajo un mal entendido delito de grooming al que ha denominado delito de “*Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos*”, estimando que esta conducta cumpla con los requisitos de necesidad, lesividad y merecimiento de pena, entonces cabe entrar a revisar bajo qué fundamentos jurídicos se adoptó dicha posición.

Conforme se señaló en el capítulo pertinente, el denominado grooming o child grooming tiene dos riesgos: que el sujeto activo publique esas fotografías a través de Internet; o que intente extorsionar al menor con las imágenes de este; extorsionándolo y amenazándolo para que entregue más material de este tipo, obligándolo en algunos casos a un posterior encuentro físico. Ello supondría, al menos, que el menor abusado sufra consecuencias psicológicas que afecten su integridad psíquica, es decir, se centra en el disvalor de resultado de las conductas; pero ¿qué clase de impacto psicológico es posible detectar en un menor abusado por el child grooming? Bajo este concepto psicológico de abuso en que para el caso de abusos sexuales sin contacto físico se manifiestan a través de la solicitud indecente a un niño o seducción verbal explícita; o por exponer los órganos sexuales a un niño con el propósito de obtener excitación o gratificación sexual, agresión, degradación o propósitos similares; o realizar el acto sexual intencionadamente en la presencia de un menor, con el objeto de buscar la excitación o la gratificación sexual, agresión, degradación u otros propósitos semejantes; o masturbación en presencia de un niño o mostrar los órganos sexuales de una manera inapropiada (exhibicionismo). Actos respecto de los cuales no existe consenso respecto de la medición científica de los efectos psicológicos de estas conductas, de tal manera que aunque a primera vista todas estas conductas parecieran

apuntar a intereses jurídicos similares, lo cierto es que concretamente no existen instrumentos que permitan cuantificar las consecuencias psicológicas en los menores acorde a una norma o medida estándar.

Por ello, al no existir antecedentes suficientes que permitan medir el nivel de afectación de un menor en estas circunstancias, deberemos centrarnos a analizar exclusivamente el disvalor de acción de la conducta del grooming, porque al castigar la comisión de este delito de connotación sexual que se distingue de los demás por el hecho de utilizar medios informáticos, se debe castigar las amenazas, el chantaje y el engaño contra el menor en la ejecución de dicho delito y para ello debemos considerar la importancia o no de la punición de estas conductas al interior de esta figura penal; y para analizar este tema comenzaremos por analizar al sujeto pasivo del delito, esto es, el menor, respecto de quien el derecho otorga, a nivel constitucional incluso, una esfera de protección especial en razón a su mayor vulnerabilidad respecto de otras personas al ser potenciales víctimas en los delitos de connotación sexual, de allí su denominación de “child” grooming, pero ¿qué es lo que se pretende resguardar en los menores de edad en el caso del grooming?. Lo cierto es que no existe acuerdo respecto al o a los intereses protegidos en los delitos sexuales respecto de los menores de edad, en especial respecto de las consecuencias de estas conductas en el plano psicológico de las víctimas, sin embargo sí existen normas y principios que versan sobre la protección jurídica de los menores, entre ellos, el más importante es el principio del interés superior del niño, consagrado en el Art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que dice:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades*

*administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

Así, en el Art. 44 de la Constitución, tenemos que:

*“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas...”*

Concordando con lo anterior el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 11 dice:

*“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento...”*

El artículo 45 de la Constitución dice:

*“Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad (...) Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica...”*

Así el Art. 46, núm. 4 ibídem explica que entre las medidas para asegurar a los menores, están:

*“la protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoquen tales situaciones”.*

El Art. 66 de la Constitución reconoce y garantiza a las personas, entre otras:

*“una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado está en la obligación de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, y de manera especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes (...) contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual”*

La consideración del principio del interés superior del niño deberá primar al momento de resolver sobre las cuestiones que afecten a estos, siendo clara la protección que se debe dar a éste grupo de la sociedad frente a casos en que ellos sean víctimas de delitos, en específico los delitos sexuales, es por ésta razón que concordamos con que el Estado está en la obligación de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, y de manera especial la ejercida contra niñas, niños y adolescentes, pero en lo que diferimos es en el uso exclusivo del derecho penal y en el abuso en la tipificación autónoma de delitos de peligro abstracto como único medio para la protección de los menores.

Ahora bien, si luego de su promulgación en el COIP, la figura del grooming ha alcanzado su consolidación como delito autónomo en nuestro Derecho Penal, entonces cabe revisar la posible existencia de un concurso material de delitos ya que luego de que el sujeto activo realiza todas las conductas tendientes a conseguir una determinada cuenta de correo electrónico, antes de ponerse en contacto con su potencial víctima; para contactarse con el menor, ¿qué recurso utiliza este para seducirlo?. La respuesta, misma que no consta del Art. 173 del COIP es, por supuesto, el engaño a través de la creación de una identidad falsa en la red, a partir de la cual

busca entablar una relación de confianza o amistad con el menor. Sin embargo, para nuestro delito de “*Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos*” el sujeto activo en un primer momento del *iter criminis* habría cometido sólo un delito, pues:

“...La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.”

(Los resaltados son míos)

Esto es, que deberá ser sancionado por la suplantación de identidad, delito ya tipificado en otro artículo del COIP.

Continuando la secuencia de conductas que componen esta figura delictual, nos encontramos ahora con el problema de que una vez que el sujeto activo conquistó ya la confianza de su potencial víctima, se pueden presentar dos posibilidades: o bien consigue que el menor le envíe imágenes de connotación sexual para su propia satisfacción; o bien consigue que el menor se reúna con él, para entonces cometer un delito sexual ya con contacto físico; siendo que en este último evento, si el sujeto activo se hace pasar por un menor de edad para contactar “a otro menor”, y haciendo uso de dicho engaño se reúne con el menor y abusa de éste, es claro que existen dos figuras distintas; un delito de abuso sexual o un delito de estupro o violación en caso que exista penetración, ilícitos que también tienen ya un tipo penal propio en el COIP.

Y en el primer caso en mención, si el sujeto activo, tras hacerse pasar por un menor de edad para poder contactar al menor, haciendo uso de dicho engaño, consigue imágenes de éste con connotación sexual, tendríamos entonces una infracción por

producción de material pornográfico en cuya elaboración se ha utilizados a menores de dieciocho años, cualquiera sea el soporte de tales materiales.

Pero si el sujeto activo distribuye dichas imágenes a través de Internet o por cualquier otro medio, estaría ajustando su conducta a otro tipo penal conforme el cual:

*“La persona que publicite, compre, posea, porte, transmita, descargue, almacene, importe, exporte o venda, por cualquier medio, para uso personal o para intercambio pornografía de niños, niñas y adolescentes, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.”<sup>92</sup>*

En ambos casos, son tipos penales distintos al *“Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos”* y que sin embargo ya constan en el articulado del COIP y que, como vemos, incluso tienen una pena mayor.

Es decir, si con los elementos de la actual normativa constante del COIP, las conductas constitutivas de child grooming se encuentran ya reguladas penalmente ¿Qué necesidad (considerada tal necesidad dentro de los axiomas de Ferrajoli) tenía nuestro legislador de adoptar una de las consecuencias finales del derecho penal de la sociedad de riesgo para tipificar al grooming como delito autónomo? La crítica la hemos dirigido a lo largo de este trabajo hacia la política criminal típica de la sociedad del riesgo adoptada en el Ecuador desde la presentación del proyecto y posterior promulgación del COIP, pues en su tendencia hacia una presunta disminución de la inseguridad ha provocado transformaciones que han violentado no solo a las estructuras básicas del derecho penal, sino también a los principios y garantías propias del Estado de Derecho,

---

<sup>92</sup> Art. 104 COIP.

siendo que los efectos en la consecución de esta visión de política criminal entendida desde la sociedad de riesgo y la consecuente y desmesurada tipificación de delitos de peligro abstracto, como el caso del Art. 173 del COIP, habrían alcanzado no sólo a la política criminal, sino que se habrían extendido a la teoría de la pena y la doctrina del bien jurídico, produciendo una funcionalización del derecho penal, es decir, su instrumentalización como herramienta para fines político-criminales.

#### **4.4.- Posible incorporación a los tipos penales ya existentes en lugar de la tipificación autónoma.**

El derecho debe amoldarse a la realidad y no a la inversa, lo cual conlleva a que este deba canalizarse a través de los medios jurídicos adecuados a la realidad social, realidad que debe abarcar además a los avances tecnológicos. Ahora bien, históricamente, respecto de la penalización de los delitos sexuales contra menores en la legislación ecuatoriana, nuestro código penal data de 1938, con posteriores reformas y consiguientes codificaciones en 1953, 1960 y 1971 para llegar finalmente al libro primero del COIP en donde se ubican los delitos en particular y específicamente aquellos delitos de índole sexual cuyos sujetos pasivos pueden ser además de cualquier otra persona, los niños niñas y adolescentes, por lo que procederemos a un análisis de los recientes delitos de índole sexual tipificados en el COIP, cuyos sujetos pasivos pertenecen a éste grupo vulnerable, esto para aclarar, como hemos venido sosteniendo, que no existía la necesidad de tipificar las conductas constantes del Art. 173 del COIP, cuando bien pueden estas subsumirse a otros tipos penales constantes del propio cuerpo normativo, por lo que en primer lugar debemos tomar en consideración que los delitos sexuales protegen bienes jurídicos que contemplan la libertad e indemnidad sexual, el



primero de éstos basado en la potestad de las personas de tomar decisiones de manera libre y voluntaria frente a actos sexuales, al encontrarse con un criterio establecido y su personalidad desarrollada; y en segundo lugar la indemnidad sexual que como habíamos explicado, se aplica cuando la persona por su edad o circunstancias especiales no es capaz de comprender el significado del acto sexual, así como de sus consecuencias; así tenemos:

**Abuso sexual Art. 170 COIP (antes Atentado al Pudor).**

Para Vincenzo Mancini “es la realización de actos diversos al acceso carnal, cumplidos sobre la persona del sujeto pasivo, dirigidos a excitar o satisfacer la propia concupiscencia”<sup>93</sup>; Rafael Garófalo indica que “por pudor se debe entender el sentimiento que puede ser natural o convencional y que siempre obedece al instinto”.<sup>94</sup>

Doctrinalmente el atentado al pudor, denominado ahora en el COIP como abuso sexual, también conocido como abuso deshonesto<sup>95</sup>, consiste según Arturo Donoso en “cualquier acto, no meras palabras, que pueden lesionar ese derecho a la libertad sexual y a la permisividad que el sujeto pasivo de la infracción siente lesionados por el acto del infractor; no implica el tocamiento de alguna parte especial del cuerpo de la víctima, sino cualquier aproximación física, caricia, manipulación, en definitiva acto de movimiento humano, para aproximarse al cuerpo de otra persona, con fines libidinosos y que molesten a quien se convierte en sujeto pasivo del atentado al pudor, pero,

---

<sup>93</sup> Manzini, Vincenzo, *Delitos Sexuales* obra citada en Siguenza Bravo Marco, *Definiciones Doctrinales en materia penal*, Quito, p. 167.

<sup>94</sup> Garófalo, Rafael, *Sociología Jurídica*, Ob. Cit. en Siguenza Bravo, Marco, ob cit. p. 160.

<sup>95</sup> Pérez Borja Francisco, Ob. Cit. P 234.

excluyendo el intentar la cópula carnal o prácticas orientadas a ello en forma directa, porque entonces nos encontramos ante un tipo penal diverso”.<sup>96</sup>

Al realizar un análisis acerca del mencionado delito, nos encontramos con los verbos rectores ejecutar y obligar; actos que pueden ser momentáneos o permanentes que pueden influir sobre la voluntad de la víctima, a través de violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño<sup>97</sup> para que ésta acepte u obedezca realizar actos de naturaleza sexual sin acceso carnal (ya que caso contrario sería delito de violación o de estupro) en el cuerpo de la víctima, de un tercero o del sujeto activo.<sup>98</sup>

Sujeto Activo:	El delito lo puede cometer cualquier persona, ya sea hombre o mujer.
Sujeto Pasivo:	Cualquier persona, con agravante en la pena cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; o cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo.
Elemento Objetivo:	Los medios empleados consisten en violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño, se realiza o se obliga a realizar actos de naturaleza sexual, sin el acceso carnal en el cuerpo de la víctima, de un tercero o del sujeto activo.
Verbos Rectores:	Ejecutar u obligar a ejecutar actos de naturaleza sexual.
Bien Jurídico Protegido:	Libertad e indemnidad sexual.

<sup>96</sup> Donoso Castellón Arturo, *Guía para Estudio de Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas*, Quito, 2005, p 79.

<sup>97</sup> Este tipo penal contenido en el Art. 170 del COIP sí incluye la figura del engaño, elemento que el legislador olvidó incluir en el Art. 173 ibídem.

<sup>98</sup> Abarca Galeas, *El atentado contra el pudor*, Quito, 2008, p 7.

En palabras del tratadista Edgardo Alberto Donna, el bien jurídico que se protege es “la reserva sexual de la víctima, entendida como el respeto a su incolumidad física y dignidad en tanto persona, especialmente desde la óptica de su pudicia personal sexual”.<sup>99</sup>

### **Estupro.**

Para Edgardo Donna, la ilicitud que se castiga en este tipo penal radica en que el consentimiento otorgado resulta ineficaz debido a que la víctima, por su estado de inocencia y falta de experiencia sexual, mal podría dar un consentimiento que abarque todas las consecuencias del acto<sup>100</sup>.

Sujeto Activo:	Persona mayor de dieciocho años.
Sujeto Pasivo:	Hombre o mujer, mayor de catorce y menor de dieciocho años; las víctimas menores de catorce años transforman el delito en violación.
Elemento Objetivo:	Engaño mediante el cual se influye en la víctima, para mantener relaciones sexuales con esta. Para Ernesto Albán el engaño se refiere a una falsa representación de la realidad, acerca de la naturaleza y consecuencias del acto sexual, acerca de su ilicitud, identidad y propósitos del sujeto activo, que pueden incluir falsas promesas de matrimonio y entrega de bienes o una mejor vida. <sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Donna Edgardo, Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, t I, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, p. 234.

<sup>100</sup> Donna, Ob. Cit. p. 108.

Verbo Rector:	Engañar
Bien Jurídico Protegido:	Indemnidad sexual; a pesar de existir consentimiento, este se encuentra viciado resultando irrelevante ante la edad del sujeto pasivo.

### **Acoso sexual.**

Para Manuel García “desde sus orígenes el acoso sexual fue una expresión de abuso de poder por quienes podían ostentar cualquier escenario de superioridad en relación a otras personas, vulnerando gravemente la libertad sexual”<sup>102</sup>, siendo precisamente una de las categorías del acoso sexual aquella referente a la “Coerción sexual, que implica la compulsión para realizar acciones de tipo sexual mediante una amenaza”<sup>103</sup>

Sujeto Activo:	La persona que solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaleciendo de situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora o tutor, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima.
----------------	---

<sup>101</sup> Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial*, Ediciones Legales, Quito, 2011. p. 382.

<sup>102</sup> García, Manuel, *El Acoso Sexual*, Editorial UESS, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2010, p. 3.

<sup>103</sup> Categorías propuestas en *Till F. Sexual harrasment: a report on the sexual harrasment of students*. Washington D.C. USA, Department of education, 1980, citado en Sánchez de Lara, Chicano Enriqueta, *Del acoso sexual. Aspectos Penales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010. p. 59.

	<p>También la persona que solicite favores de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se encuentre previsto en el inciso primero de este artículo</p> <p>Para Abarca Galeas existen dos tipos de acosadores: el ocasional que se aprovecha de las circunstancias para lograr su objetivo sexual y el habitual que es un perturbado mental quien experimenta placer a través del acoso.<sup>104</sup></p>
Sujeto Pasivo:	<p>Cualquier hombre o mujer en relación de inferioridad respecto al acosador.</p> <p>Persona menor de dieciocho años de edad o persona con discapacidad o cuando la persona no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; lo cual merece especial atención debido a que en este tipo penal se trata de una circunstancia agravante.</p>
Elemento Objetivo:	Solicitar favores de naturaleza sexual para sí mismo o para un tercero, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima o a su familia un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.
Verbo Rector:	Solicitar actos de naturaleza sexual
Bien Jurídico Protegido:	Libertad sexual

### **Prostitución forzada. Art. 101 COIP**

Sujeto Activo:	Cualquier persona, hombre o mujer.
Sujeto Pasivo:	Niñas, niños o adolescentes, personas mayores de sesenta y cinco años o personas con discapacidad.

<sup>104</sup> Abarca Galeas, Luis Humberto, *El Acoso Sexual*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2006, p 11.

Elemento Objetivo:	<p>Obligar, exigir, imponer, promover o inducir a otra en contra de su voluntad para realizar uno o más actos de naturaleza sexual cuando existan las siguientes circunstancias:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cuando se aproveche de condiciones de vulnerabilidad de la víctima o se utilice violencia, amenaza o intimidación.</li> <li>2. Cuando con el infractor mantenga o haya mantenido una relación familiar, consensual de pareja, sea cónyuge, ex cónyuge, conviviente, ex conviviente, pareja o ex pareja en unión de hecho, de familia o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima.</li> <li>3. Cuando tenga algún tipo de relación de confianza o autoridad con la víctima.</li> </ol>
Verbos Rectores:	Obligar, exigir, imponer, promover o inducir
Bien Jurídico Protegido:	Indemnidad sexual.

### **Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes. Art. 103 COIP**

Sujeto Activo:	Cualquier persona, hombre o mujer.
Sujeto Pasivo:	Niñas, niños o adolescentes
Elemento Objetivo:	<p>Fotografiar, filmar, grabar, producir, transmitir o editar materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o simulados de niñas, niños o adolescentes en actitud sexual</p>
Verbos Rectores:	Fotografiar, filmar, grabar, producir, transmitir o editar materiales visuales,

	audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o simulados de niñas, niños o adolescentes en actitud sexual
Bien Jurídico Protegido:	Indemnidad sexual.

**Comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes. Art. 104 COIP**

Sujeto Activo:	Cualquier persona, hombre o mujer.
Sujeto Pasivo:	Niñas, niños o adolescentes
Elemento Objetivo:	Publicitar, comprar, poseer, portar, transmitir, descargar, almacenar, importar, exportar o vender, por cualquier medio, para uso personal o para intercambio, pornografía de niños, niñas y adolescentes
Verbos Rectores:	Publicitar, comprar, poseer, portar, transmitir, descargar, almacenar, importar, exportar o vender, por cualquier medio, para uso personal o para intercambio, pornografía de niños, niñas y adolescentes
Bien Jurídico Protegido:	Indemnidad sexual.

**Violación. Art. 171 COIP**

El delito de violación “consiste en someter a otra persona al acceso carnal normal o anormal, sin su consentimiento y mediante el empleo de violencia física o moral”.<sup>105</sup> En el Ecuador, como tipo penal, la violación se encuentra vigente desde 1938, posteriormente se realizan varias reformas, las últimas en 1998 y 2005 con el

---

<sup>105</sup> Reyes Echandía, Alfonso, *Diccionario de Derecho Penal*, Editorial Temis, Bogotá, 2004, P 213.

objetivo de aclarar su alcance, a pesar de que la jurisprudencia claramente entendía por acceso carnal la penetración sexual, total o parcial en actos heterosexuales y homosexuales. De manera adicional se establecieron nuevas modalidades de éste delito, como el hecho de que “la violación se produce con la introducción del órgano sexual masculino, por vía vaginal, anal, oral y por la introducción de dedos u órganos distintos del miembro viril o de objetos de cualquier naturaleza por vía anal o vaginal”.<sup>106</sup>

Sujeto Activo:	Cualquier persona hombre o mujer.
Sujeto Pasivo:	Es cualquier persona hombre o mujer con circunstancia agravante si se trata de menor de diez años
Elemento Objetivo:	<p>El acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.</li> <li>2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.</li> <li>3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.</li> </ol> <p>Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.</li> <li>2. La víctima, como consecuencia de la</li> </ol>

<sup>106</sup> Albán Gómez, Ernesto, Ob. Cit., p. 365.



	<p>infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.</p> <p>3. La víctima es menor de diez años.</p> <p>4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.</p> <p>5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.</p> <p>6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.</p> <p>Respecto del menor de catorce años, por su edad no está en una situación que le permita discernir frente a éstos actos sexuales, por lo que aún en el evento de haber expresado su consentimiento, éste es irrelevante, configurándose el delito de violación.</p> <p>Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; no ha existido manifestación de voluntad.</p> <p>Además de la enfermedad que le priva de razón o sentido y le vuelven indefenso, también está el caso en que esa persona se encuentra bajo la influencia de ciertas sustancias que le impiden hacer uso eficaz de su voluntad, para que en el hipotético caso de violación pueda aceptar o resistirse, aquí el sujeto activo toma ventaja de las circunstancias y comete el delito.</p> <p>Cuando se usare de violencia, amenaza o intimidación, en este caso la víctima ha expresado su voluntad, la cual está viciada por la fuerza.</p> <p>Violencia: el empleo de la fuerza ejercida</p>
--	--

	sobre una persona para obtener de ella un comportamiento que sin ésta no se obtendría. Amenaza actos de apremio moral que infundan Intimidación, temor de un mal inminente. Estos tres tienen por objetivo el dominar la resistencia opuesta por la víctima, o a impedir que la resistencia se produzca. <sup>107</sup>
Verbo Rector:	Acceder carnalmente
Bien Jurídico Protegido:	Libertad sexual.

Hemos considerado también este tipo penal constante en el COIP en razón de que si se considera lo dispuesto en el Art. 39 del COIP referente a la Tentativa, entendida como “la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado”; en cuyo caso también podría sancionarse como tentativa de violación.

Para concluir diremos que los problemas que presenta la figura del Art. 173 son numerosos pero se pueden resumir en la vaguedad y amplitud que presenta su redacción, pues el texto hace referencia al “contacto” con un menor, lo cual significa punir un acto preparatorio anterior a la ejecución del delito que se persigue, elemento por demás subjetivo de muy difícil prueba, esto por el elemento del delito correspondiente al dolo ante la dificultad de comprobar si el acercamiento del sujeto

---

<sup>107</sup> Albán Gómez, Ernesto, Ob. Cit. p. 368.

activo fue efectivamente con tales propósitos o distintos, lo que traerá consigo distintos problemas durante la investigación penal.

Así también tenemos que el citado artículo sanciona de manera ambigua el contacto a través de cualquier medio electrónico, pero además la proposición con el fin de concretar un encuentro físico de tipo sexual.

Se exige que existan además del contacto con el menor, “actos materiales”, lo que trae la duda, de si estos actos materiales concordarían, por principio de ejecución, con algún acto ejecutivo correspondiente a alguna de las conductas típicas ya constantes en el COIP para la protección de la indemnidad sexual y el libre desarrollo de la personalidad de los menores.

Además de lo anterior, surgen problemas respecto de la punición si se verifica el delito posterior al que iba encaminado el acercamiento, ya que el mismo artículo está haciendo alusión a la presencia de un concurso real de delitos y no a la absorción lógica del acto preparatorio en el delito consumado respecto del menor.

Es claro que desde el punto de vista de la política criminal la incorporación de este artículo obedece a una política de control a favor de la incorporación de tipos penales que anticipan la tutela penal sancionando actos preparatorios como delitos autónomos.

La facultad de sancionar del Estado adquiere legitimidad siempre que se la emplee para la protección de la sociedad; por ello, para cumplir esa función por el principio de ofensividad debe limitarse a precautelar bienes jurídicos plenamente determinados; ante el principio de mínima intervención penal debe intervenir sólo en lo estrictamente necesario; y por principio de proporcionalidad en sentido estricto, las

penas deberán ser proporcionales al hecho cometido; por ello, como sostiene Ferrajoli<sup>108</sup>, frente a la expansión excesiva del derecho penal se puede reivindicar la necesidad de propender a un derecho penal mínimo, condicionado y limitado al máximo, el cual garantiza un máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos con respecto del aparato punitivo estatal; por lo que consideramos la no pertinencia de incluir un nuevo tipo penal autónomo a nuestra normativa penal referida al grooming.

---

<sup>108</sup> Ferrajoli, Luigi, Ob. Cit., p. 334

## CONCLUSIONES

- Tantas reformas en el ámbito penal en tan corto tiempo nos han conducido de la pretensión de un derecho penal mínimo a un derecho penal en absoluta expansión, lo que ha conllevado a una criminalidad excesiva de determinados comportamientos, así como al aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito, proveniente de una pretendida necesidad de superación del derecho penal liberal que ha sido reemplazado por nuevos modelos de un derecho penal de la Sociedad del Riesgo. Ello se debe a la ausencia de una verdadera y coherente política criminal que permita que tengamos, no más derecho penal, sino un mejor derecho penal. En este sentido, lo que se necesita es un derecho penal que no responda a las injerencias del populismo punitivo, sino un derecho penal garantista que funcione bajo el principio de mínima intervención penal en respeto a los principios delimitadores del derecho penal, haciendo uso de las penas privativas de libertad como ultima ratio, al poner a disposición de la justicia un sistema de sanciones distintas a las privativas de libertad.
- Las conductas con connotación sexual deben sancionarse mediante la intervención punitiva del Estado cuando exista necesidad, lesión y merecimiento de pena, previa calificación expresa de las conductas consideradas dañosas, sin que quepa posibilidad de interpretación subjetiva o amplia de la norma, pues si

bien comprendemos que ambos requisitos se vinculan con la costumbre arraigada en nuestro país por la cual los delitos sexuales, catalogados como de grave conmoción social, siempre serán conductas asociadas a un castigo penal determinado, actualmente tal raigambre se ha visto exagerado ante el accionar de los medios de comunicación y las actuaciones políticas.

- En base a la conclusión anterior, tenemos la dificultad de elaborar un concepto claro y comprensivo de delito sexual, que abarque todas las clases de autoría, participación y modalidades de ejecución de las distintas conductas de connotación sexual que cumplan con los requisitos de necesidad, lesividad y merecimiento de pena por parte del Estado.
- El fundamento de la criminalización de los delitos sexuales no debe centrarse exclusivamente en la teoría del delito como vulneración de bienes jurídicos, lesión a derechos subjetivos, o una omisión imprudente, sino que el derecho penal, por ser de última ratio, debe ser el freno a las conductas socialmente reprochables pero con atención a la afectación que se produce en cada persona, de forma individual, por determinadas conductas, pudiendo acudir a cualquiera de los elementos de juicio que ofrece la ciencia penal, conforme el sistema de estricta legalidad propugnado por Ferrajoli.
- El child grooming al relacionarlo con el abuso sexual son conductas que tienen en común el elemento del abusador y un menor de edad. En el caso del abuso sexual, la doctrina defiende como interés jurídico protegido desde la libertad,

pasando por la indemnidad, hasta llegar a la integridad sexual. En el caso del child grooming, desde el interés superior del niño, hasta la seguridad.

- El grooming constituye un delito de mera actividad que no satisface exclusivamente el principio de afectación de bienes jurídicos, ello explica, entre otros problemas, la creación de figuras penales que no atentan precisamente contra la libertad e indemnidad sexual. Por eso es posible apreciar que los argumentos usados para justificar la penalidad de las conductas que este delito castiga, instauran criterios que dejan en las manos del juez la determinación de la penalidad y punibilidad de dichas conductas, basándose en la noción actual del delito de grooming que sólo nos deja en claro que esta clase de conductas atenta contra intereses difusos y muchas veces indeterminados.
- Si el contacto físico no constituye un requisito necesario para la configuración del delito de grooming de conformidad al Art. 173 del COIP, puesto que existen situaciones en las cuales las conductas conducentes a éste son ambiguas y ambivalentes, como hemos revisado a lo largo de este trabajo, al considerar al grooming como un delito de peligro abstracto, estimamos que el legislador no le otorgó más valor a la potencial lesividad del acto de significación sexual que a la existencia de contacto físico.
- Al delito de *“Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos”* lo consideramos una norma que no satisface el principio de necesidad en nuestro ordenamiento jurídico, pues si se considera que las

conductas contenidas en dicho tipo penal constituyen una modalidad de abuso sexual más grave, en relación al abuso sexual del Art. 170 del COIP, ¿cómo se justifica por el legislador la necesidad de crear un tipo penal autónomo, con un verbo rector, modalidades de ejecución y circunstancias inclusive ambiguas y oscuras si los verbos rectores, circunstancias constitutivas y hasta las penas claramente se corresponden al otros delito contenidos en el COIP, constantes en los Arts. 101, 103, 104, 166, 167, 170, 171, 172, ya que si lo que se pretendía era sancionar penalmente determinadas conductas o actos de connotación sexual cuyas modalidades de ejecución no correspondan a las de los delitos antes citados, debió entonces el legislador establecer una circunstancia agravante específica para el delito tipificado en el Art. 173, sin olvidar lo prescrito por el propio COIP cuando en relación al concurso real e ideal de infracciones, dispone:

*“Art. 20.- Concurso real de infracciones.- Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años”.*

*“Art. 21.- Concurso ideal de infracciones.- Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave.”*

- El Art. 173 del COIP contempla categorías distintas de delitos, entre un delito de peligro abstracto en el inciso primero sobre el cual no sabemos con certeza qué riesgo se ve involucrado y qué interés jurídico se violenta; y en el inciso



segundo con un delito de mera actividad pues la sola determinación del sujeto activo hacia el menor para realizar actos de connotación sexual ya es parte de un principio de ejecución. En ambos casos consideramos no cabría autoría mediata ya que se requiere la presencia y la acción personal del sujeto activo para la realización de dichas conductas.

- La inclusión del grooming como delito autónomo en nuestra legislación penal la consideramos una desformalización del derecho penal pues el anticipar la punibilidad en diversos ámbitos no es razón que justifique su existencia. La expansión del derecho penal si bien es un fenómeno que ha conseguido adeptos a lo largo de varias legislaciones alrededor del mundo como resultado de la incertidumbre de los riesgos vinculados a la inusitada marcha de los cambios sociales, culturales y tecnológicos, no nos brinda certeza de que junto a tal expansión exista un adecuado respeto de los principios orientadores del derecho penal, en especial el principio de *última ratio*.
- Asumiendo que exista necesidad y merecimiento de pena para estas conductas, aun así nos enfrentaríamos a un concurso material de delitos que a su vez nos podría llevar a un *non bis in idem* innecesario ya que incluso si analizamos este problema a partir de la óptica del derecho penal del riesgo, podría darse un hecho insólito en nuestro ordenamiento jurídico penal cuando un delito de peligro abstracto como el child grooming, podría eventualmente conducir a otro delito como por ejemplo el de producción de pornografía infantil, lo que en otras palabras significaría castigar la anticipación de la anticipación penal, situación

que no puede ni pensarse dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, conforme lo propugna el Art. 1 de nuestra carta magna.

- Las conductas del grooming no se rigen por el principio de protección de bienes jurídicos y por ello no estamos de acuerdo con que el legislador haya acudido a conceptos indeterminados como el “erotismo” o “finalidad sexual” o “contenido sexual” para reprimir las conductas de este tipo, puesto que si su formulación exige al menos la consumación de un resultado dañoso, éste es difícilmente determinable y completamente subjetivo tanto para fiscales, cuanto para jueces a la hora de imputar o juzgar, respectivamente.
- El uso malicioso de un programa de ordenador y el contacto engañoso con el menor con fines de satisfacción sexual, no sólo constituyen conductas que podrían potencialmente afectar la psiquis del menor, sino que además vulneran el funcionamiento del sistema informático, lo que se traduce en que el sujeto activo atenta potencialmente contra más de dos intereses jurídicos distintos entre ellos, por lo que consideramos que la sanción a dichas acciones debería permanecer en el ámbito de las sanciones penales administrativas distintas de las privativas de libertad en la medida que ésta cumpla con un rol comunicativo en la sociedad y permita mantener la vigencia de la norma.
- Finalmente, concordamos con Roxin, cuando sostiene que frente a la realidad de nuevos tipos que protegen intereses supraindividuales o difusos, o frente a anticipaciones de punibilidad a través de la utilización cada vez más frecuente

de delitos de peligro abstracto, es labor de la dogmática cerrar el círculo punitivo abierto por el legislador, por lo que es urgente que el legislador se ocupe de estas nuevas manifestaciones del derecho penal, tanto para entregar al juez y al fiscal los criterios claros de interpretación de las normas dictadas y que plasman esta orientación del derecho penal, para procurar entonces limitar y racionalizar el actual clima punitivista que impera en el debate, más político, que legislativo.

## BIBLIOGRAFIA

- Abarca Galeas, Luis Humberto, *Delitos sexuales: el atentado contra el pudor, la agresión sexual asimilada a la violación carnal, la violación carnal y la violación inversa*, Jurídica del Ecuador, Quito, 2008.
- Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial*, Ediciones Legales, Quito, 2011.
- Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 1994.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal y el Estado de Derecho*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Bacigalupo, Enrique, *Principios de Derecho penal – Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid, Akal, 1998.
- Ballesteros, Luis Ángel, *La privacidad electrónica – internet en el centro de protección*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006
- Baratta, Alessandro, *Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal*, Capítulo criminológico, Número 13, Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 2002.
- Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 1998.

- Bustos Ramírez, Juan, *In-seguridad y lucha contra el terrorismo*, en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, AA. VV., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Cox, Juan Pablo, *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática*. Fundación Fernando Fueyo. Santiago de Chile, Editorial Lexis Nexis, 2003.
- Cox, Juan Pablo, *Los delitos de Producción, Adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del Derecho Penal*, Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005.
- Díez Ripolles, José Luis, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005, No 07-01, en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>>
- Donna, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Integridad Sexual*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- Donoso Castellón, Arturo, *Guía para Estudio de Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas*, Quito, 2005.
- Duque, Catalina, *Consideraciones para la Investigación del Fenómeno del Grooming*, Revista Jurídica del Ministerio Público N° 41, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, 5ª edición, Madrid, 2001.
- Ferri, Enrico, *Sociología Criminal*, t. 2, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s/f.
- García, Manuel, *El Acoso Sexual*, Editorial UESS, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Guayaquil, 2010.
- Garofalo, Raffaele, *Criminología*, La España Moderna, Madrid, s/f.
- Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

- Inostroza, Félix; Maffioletti, Francisco y Car, Macarena, *¿Qué es el grooming o ciberacoso sexual a niños a través de Internet?*, Revista Jurídica del Ministerio Público, N° 35, 2008.
- Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.
- Jiménez De Asúa, Luis, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*, Madrid, Reus, 1920.
- Künsmüller, Carlos, *Delitos de Pornografía Infantil*. Gaceta Jurídica, N° 273, Marzo 2003.
- Lascano, Carlos J., *Manual de Derecho Penal, parte general*, Advocatus, Córdoba, 2002.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos*, AA. VV., Madrid, PJ, 1997.
- Magro Servet Vicente, *El grooming o ciberacoso infantil: el nuevo artículo 183 bis del Código penal*, Editorial La Ley, Madrid, 2010.
- Matus, Jean Pierre, y Ramírez, M. Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. Serie Textos Docentes. Talca, Universidad de Talca, 2001.
- Mazzo, Rodrigo y Bustos, Andrea, *Grooming: nueva táctica de contacto de pedófilos*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, en [http://www.bcn.cl/carpeta\\_temas\\_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos](http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/grooming-acoso-sexual-ninos)
- Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Ed. B de F, Segunda edición, Buenos Aires, 2003.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial*. Undécima edición, España, Valencia, Ediciones Tirant lo Blanch, 1996.

- Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y Control social*, Monografías Jurídicas, No. 98, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.
- Panizo Victoriano, *El Ciber-Acoso Con Intención Sexual y el Child-Grooming*, Investigación Tecnológica de la Jefatura Superior de Policía de Castilla y León, España, 2010.
- Pérez del Valle, Carlos, *Sociedad de riesgos y reforma penal*, AA. VV., Madrid, PJ, Nos. 43-44, 1996.
- Petrocelli, Biagio, *La peligrosidad criminal y su posición jurídica (La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica)*, Padua, CEDAM, 1940.
- Puschke, Jens, *Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito*, Revista para el análisis del Derecho, 2010.
- Ramírez, M. Cecilia, *Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia*. Polit. Crim. 2007, No. 3, A4, en [http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/A\\_4\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/A_4_3.pdf)
- Reyes Terra, José María, *La peligrosidad como condición, estado y circunstancia*, Montevideo, Imago, 1980.
- Romeo Casabona, Carlos M., *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Barcelona, Bosch, 1986.
- Roxin, Claus, *Sobre el estado de la teoría del delito*, AA. VV., Madrid, Civitas, 2000.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de la 2da. Edición alemana, España, Madrid, Civitas Ediciones, 1997.

- Sánchez, Claudio, *Delito de almacenamiento de pornografía infantil*, Santiago de Chile, Ediciones Librotecnia, 2010.
- Sánchez de Lara y Chicano Enriqueta, *Del acoso sexual. Aspectos Penales*, Thomson Reuters, Pamplona, 2010.
- Sgubbi, Filippo, *El delito como riesgo social*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.
- Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001.
- Silva Sánchez, Jesús-María, *Política Criminal y Persona*, Argentina, Buenos Aires, Editorial Ad-hoc S.R.L., 2000.
- Soler, Sebastián, *Teoría del estado peligroso*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1929.
- Von Liszt, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1927.
- Von Feuerbach, Anselm, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinliche Rechts*, t. II, Chemnitz, Scientia Verlag Aalen, 1966.
- Barrio Andrés, Moisés. *Criminalidad e Internet: Retos del Siglo XXI. Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, 2003, núm. 15.